Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Achter Band.

Tübingen, 1897.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Rec. Feb. 28, 1907

Druck von H. Laupp jr. in Tübingen.

Inhaltsübersicht des achten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

III. Abhandlungen.

IV. Miszellen.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Zum Begriff der Nebenberedungen eines Liegenschaftskaufvertrags.

Laut schriftlichen Kaufvertrags vom 23. November 1893 hat Kläger „seine gesamte Liegenschaft samt Fahrnis“ im Weg der Versteigerung an den Beklagten verkauft. Vor der Versteigerung wurde das Fahrnisinventar verlesen. Vor Unterzeichnung des Kaufvertrags durch den Kläger, nach der des Beklagten hat Beklagter die Garben und Heuvorräte als nicht dem verlesenen Inventar entsprechend beanstandet, worauf die Parteien mündlich vereinbarten, daß der Preis für das fehlende Quantum Heu und Garben an dem vereinbarten Kaufpreis abgehen solle. Beklagter will auf Grund dieser Vereinbarung 382 M. am Kaufpreis abziehen, während Kläger die Rechtsgültigkeit der Vereinbarung bestreitet, weil sie als Nebenberedung zu einem Liegenschaftsverkauf mangels schriftlicher Abfassung nichtig sei. Diese Replik wurde verworfen aus folgenden

Gründen:

Man wird allerdings nicht davon ausgehen können, daß im Kaufvertrag vom 23. November zwei Kaufverträge, ein Liegenschafts- und ein Fahrniskaufvertrag enthalten seien, von welchen der eine den Bestimmungen des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 unterliege, der andere nicht. Der Vertrag ist vielmehr ein einheitlicher, die Fahrnis ist lediglich als Pertinenz

der Liegenschaft mitverkauft, wie insbesondere aus dem vereinbarten einheitlichen Kaufpreis hervorgeht. Aber nicht jede in äußerlichem Anschluß an einen Liegenschaftsverkauf getroffene mündliche Beredung ist darum nichtig. Es kommt vielmehr darauf an, ob dieselbe eine Einwirkung auf den Vertrag hat, denselben sei es erweiternd oder beschränkend abändert, modifiziert, oder ob dieselbe unabhängig von demselben, neben und außerhalb desselben gedacht werden kann und nicht selbst wieder eine Liegenschaft oder einen Teil derselben betrifft [1]).

Kann man nun schon den Verzicht des Käufers auf bestimmte Fahrnisgegenstände bezw. Teile, wie solcher in § IV der Versteigerungsbedingungen enthalten ist und ebenso auch die Zusage der Ablieferung bestimmter Fahrnisgegenstände, wie solche durch die Verlesung des Inventars erfolgt ist, als selbständige, neben dem Vertrag hergehende, denselben nicht abändernde Beredungen ansehen, so ist dies ganz unbedenklich der Fall hinsichtlich der der Versteigerung nachgefolgten Beredung über die Ersatzpflicht des Klägers. Durch dieselbe wird weder der Gegenstand des Kaufvertrags, nämlich die Liegenschaft samt Zubehör, noch der Kaufpreis verändert. Der Kläger hat sich nur auf Grund des in den Kaufvertrag nicht aufgenommenen, aber zur Kenntnis der Steigerer gebrachten Inventars verpflichtet, für die in dasselbe aufgenommenen aber nicht vorhandenen Gegenstände dem Beklagten in bestimmten Grenzen Ersatz zu leisten. Gleichwie er sich nachträglich in Rücksicht auf den Kauf hätte verpflichten können, das Inventar durch Nachlieferung des einen oder andern nicht vorhandenen Gebrauchsgegenstands zu ergänzen oder auf einen Teil des Kaufschillings mit Rücksicht auf einen Gegenanspruch des Käufers zu verzichten, so konnte er auch einen außerhalb des Vertrags bestehenden Ersatzanspruch anerkennen.

Daß dieser Ersatzanspruch keine Liegenschaft, bezw. keinen Bestandteil einer solchen betrifft, bedarf keiner Erörterung. Zubehörden einer Sache sind nicht Teile derselben.

Daß der Kläger bei Erteilung der Zusage den Kaufvertrag

1) Württb. Archiv, Bd. 12 S. 239.

seinerseits noch nicht vollzogen hatte, ist unerheblich, denn die Vollziehung lag lediglich an ihm und konnte von dem Beklagten der schon das Steigerungsprotokoll und den Kaufvertrag unterzeichnet hatte, nicht mehr gehindert werden.

Die am 23. November nach der Steigerung getroffene Vereinbarung ist hienach gültig.

Urteil des II. Civilsenats vom 14. Februar 1895 i. S. Wespel g. Strubel.

2.

Vorkaufsrecht.

Beklagter hat am 13. Januar 1893 mit der Klägerin einen Mietvertrag abgeschlossen, wonach Klägerin einen Teil der Räume des Hauses des Beklagten um jährlich 1000 M. auf 6 Jahre mietete. In dem Vertrag war gesagt: „Sollte O." (der Beklagte) „im Verlauf des Mietkontrakts Gelegenheit haben, das Haus zu verkaufen, so haben Brüder L." (Klägerin) „das Recht, für den Preis von 32 000 M. das Haus käuflich zu erwerben." — „Sollte einer der beiden Teile den Vertrag nicht einhalten, so hat der vertragsbrüchige Teil eine Konventionalstrafe von 2000 M. zu bezahlen." Am 28. Februar 1893 hat Beklagter das Haus an einen Dritten um 30 000 M. verkauft. Klägerin hat auf Bezahlung der Konventionalstrafe geklagt, weil Beklagter ihr Vorkaufsrecht nicht gewahrt habe. Festgestellt wurde, daß Mitte Februar 1893 ein Beauftragter des Beklagten der Klägerin mitgeteilt hat, es habe sich ein Kaufsliebhaber für das Haus eingefunden — was in der That der Fall war —, Klägerin solle sich erklären, ob sie von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch mache oder nicht, und daß Klägerin darauf den Bescheid erteilt hat: sie kaufe vorerst das Haus nicht. Die Klage wurde abgewiesen.

Aus den Gründen:

Es ist nicht richtig, daß Beklagter ohne Wahrung des Vorkaufsrechtes der Klägerin verkauft hat.

Es könnte sich zunächst fragen, ob das Vorkaufsrecht überhaupt giltig bestellt worden ist, — Beklagter hat dies eventuell angezweifelt, — allein das Vorkaufsrecht, wohl zu unterscheiden von dem einen dinglichen Charakter tragenden Retrakt- oder Losungsrecht [1]) ist an sich ein persönliches (obligatorisches) Rechtsverhältnis [2]). Es bedarf daher zu seiner Giltigkeit weder eines Eintrags in die öffentlichen Bücher, noch eines gerichtlichen Erkenntnisses. Ebensowenig unterliegt es den Bestimmungen des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853, denn das Recht fällt wegen der völligen Ungebundenheit des Vorkaufsberechtigten weder unter den Begriff des Kaufs, auch nicht des bedingten, noch erscheint es als Vorvertrag zu einem solchen [3]). Es kann daher unerörtert bleiben, ob die Vertragsurkunde dem letzterwähnten Gesetz entspricht.

Der Inhalt des Vorkaufsrechts besteht nach gemeinem Recht darin, daß dem Berechtigten für den Fall, daß der Verpflichtete einen bestimmten Gegenstand zu veräußern beabsichtigt, das Recht eingeräumt wird, vor einem Dritten als Käufer angenommen, bevorzugt zu werden [4]).

Das gemeine Recht macht also die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht davon abhängig, daß mit einem Dritten ein Kauf bereits zum Abschluß gekommen, bedingt oder unbedingt, sondern es genügt, daß der Verpflichtete die Absicht hegt zu verkaufen und ein Dritter sich bereit erklärt hat, das Vorkaufsobjekt zu kaufen [5]).

Ein perfekter Kauf ist insbesondere dann nicht Voraussetzung des Vorkaufsrechts, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Berechtigte das Recht und ebenso auch die Pflicht hat, das Kaufsobjekt zu einem bestimmten Preis, also nicht zu den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zu übernehmen.

1) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 32 Nr. 42.

2) Mot. zum Entw. eines bürg. G.B., Bd. 2 S. 344.

3) Entsch. des R.G., Bd. 16 S. 157.

4) Mot. zum B.G.B.E., Bd. 2 S. 345. Sintenis, Civilrecht, Bd. 2 S. 640. Glück, Pandekten, Bd. 16 S. 201.

5) Mot zum B.G.B.E. l. c., Anm. 3.

Daß diese Grundsätze nach württembergischem Recht nicht zutreffen, wie Klägerin behauptet, ist nicht richtig. Insbesondere hat das von der Klägerin angezogene Liegenschaftsgesetz vom 23. Juni 1853 keine Einwirkung. Dasselbe würde nur dann eingreifen und auf den Vertrag mit dem Dritten Anwendung finden, wenn das gemeine Recht einen perfekten Vertrag mit dem Dritten verlangen würde, was, wie ausgeführt, eben nicht der Fall ist.

Ist nun der Verpflichtete Willens zu verkaufen und ein kaufbereiter Dritter vorhanden, so ist der Berechtigte befugt, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, er ist aber auch hiezu verpflichtet, wenn der Verkäufer ihm anzeigt, daß die Voraussetzungen vorliegen, denn er hat eben nur ein Recht vor dem Dritten zu kaufen, nicht diesen durch das Hintanhalten seiner Erklärung am Kauf zu hindern oder ihn in der Folge zu jeder beliebigen Zeit oder auch binnen einer bestimmten Frist auszukaufen, wie bei den dinglichen Losungs- und Retraktrechten.

Der Verpflichtete genügt daher seiner Pflicht, wenn er dem Berechtigten die Möglichkeit gewährt, sein Vorkaufsrecht auszuüben, insbesondere diesem mitteilt, Anzeige erstattet, daß er Gelegenheit habe zu verkaufen und hiezu Willens sei [1]).

Diese Anzeige, deren Ernstlichkeit präsumiert wird, muß nun allerdings dem Berechtigten diejenigen Anhaltspunkte gewähren, deren er bedarf, um sich über die Ausübung seines Vorkaufsrechts schlüssig zu machen. Wo es sich also darum handelt, daß der Berechtigte zu den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen erwerben muß, was die Regel bildet [2]), ist somit auch erforderlich, daß der Verpflichtete dem Berechtigten Zwecks Ausübung seines Rechts die Bedingungen mitteilt, unter welchen mit dem Dritten abgeschlossen werden soll oder abgeschlossen ist, ebenso muß er, wenn der Name und das Gewerbe des Dritten erheblich ist, auch hiervon Kenntnis geben [3]).

1) L 8 D. de in diem add. 18,2. Seuff. Arch, Bd. 30 Nr. 29, Bd 40 Nr. 181. Vgl. Motive zum B.G.B.E. l. c., S. 348.

2) Windscheid, Pand., § 388 Nr. 9. Dernburg, Pand., § 95 Z. 5 b.

3) S. die cit. Entsch. in Seuff. Archiv.

Hat aber der Berechtigte, wie in vorliegenden Fall, hieran kein Interesse, da der Kaufpreis, zu welchem er zu erwerben berechtigt und verpflichtet ist, schon feststeht, so genügt die Anzeige des Verpflichteten, daß er einen Käufer habe und mit diesem abschließen werde, falls der Berechtigte sein Recht nicht ausübe.

Wenn die Klägerin nun geltend macht, daß auch in diesem Fall die Kaufsbedingungen insbesondere die Zahlungsbedingungen bekannt gegeben werden müssen, da der Berechtigte den Anspruch habe, zu denselben Bedingungen wie der Dritte zu kaufen, so ist dies nicht richtig, denn erfahrungsgemäß richten sich die Zahlungsbedingungen sehr häufig nach dem Kaufpreis. Bei höherem Preis werden mildere Bedingungen gewährt, mitunter aber größeres Angeld vereinbart, als bei geringerem Preis; die Zahlungsbedingungen, die dem Dritten gewährt werden, sind daher nicht für den Berechtigten, mit welchem der Kaufpreis schon vereinbart ist, maßgebend und bedarf es darum auch keiner diesbezüglichen Mitteilung.

Eine Fristerteilung zur Ausübung des Vorkaufsrechts ist nicht notwendig, es muß aber zwischen der Anzeige und dem beabsichtigten Verkauf so viel Zeit liegen, daß der Berechtigte sich schlüssig machen und sein Recht ausüben kann.

In der Nichtausübung des Rechts liegt nicht ein Verzicht auf das Vorkaufsrecht, sondern nur ein Verzicht auf die Ausübung gegenüber dem beabsichtigten konkreten Verkauf.

Urteil des II. Civilsenats vom 14. Febr. 1895 i. S. Landauer gegen Ott.

3.

Nichtigkeit eines zur Umgehung der Bestimmung des § 33 der Gewerbe-Ordnung geschlossenen „Dienst- und Mietvertrags"; Folgen dieser Nichtigkeit für Entschädigungsansprüche eines Teils wegen Vertragsbruchs [1]).

Der im Februar 1894 verstorbene Ehemann S. der Klägerin hat mit dem Beklagten am 13. Oktober 1893 einen „Dienstver-

1) Ueber die Giltigkeit von selbständigen Verträgen (Käufen

trag" und am 15. Oktober 1893 einen „Mietvertrag" abgeschlossen. Nach dem ersteren stellte Beklagter vom 15. Oktober 1893 an vorbehaltlich oberamtlicher Genehmigung (die erfolgt ist) den Ehemann der Klägerin als Stellvertreter in seiner Wirtschaft in Zazenhausen auf, ohne daß ein Lohn oder Gehalt desselben vereinbart gewesen wäre; die Bestimmung der Ziff. 5 des Vertrags: „Sämtliche Getränke kauft D. K. (der Beklagte) und laufen auf dessen Rechnung" ist nach dem Vorbringen der Parteien „später abgeändert" worden und es hat der Ehemann der Klägerin die Getränke, die in der Wirtschaft ausgeschenkt wurden, für eigene Rechnung gekauft und verkauft, wie überhaupt unbestrittenermaßen er sowohl als nach seinem Tode die Klägerin die Wirtschaft für eigene Rechnung betrieben hat. Nach dem Mietvertrag hat Beklagter dem Ehemann der Klägerin die zur Wirtschaft gehörigen Räumlichkeiten (3 Zimmer nebst Zubehör) um den in vierteljährlichen Raten vorauszahlbaren Mietzins von jährlich 700 M. vermietet. Für beide Verträge galt beiderseitige vierteljährige Kündigung.

Klägerin hat nach dem Tod ihres Ehemannes am 16. April 1894 den Mietzins für das bis zum 15. Juli laufende Vierteljahr mit 175 M. bezahlt, hat aber am 13. Juni 1894 die dem Beklagten abgemieteten Räume ohne vorgängige Kündigung verlassen und damit zugleich den Wirtschaftsbetrieb in der Wirtschaft des Beklagten aufgegeben. Nach ihrer Behauptung hat sie sich hiezu durch das Verhalten des Beklagten genötigt gesehen. Sie klagt auf Bezahlung von 883 M. Diese Summe setzt sich zusammen aus dem auf die Zeit vom 13. Juni bis 15. Juli entfallenden Teil des vorausbezahlten Mietzinses mit 69 M. 12 Pf., 500 M. an entgangenem Gewinn, den sie vom 13. Juni bis 15. Oktober 1894 auf der Wirtschaft hätte erzielen können, und weiteren Posten für den Schaden, den Klägerin dadurch erlitten haben will, daß sie vorzeitig von der Wirtschaft habe abziehen müssen.

---

und dgl.), die im Lauf eines derartigen angeblichen Stellvertretungsverhältnisses zwischen den Kontrahenten geschlossen werden, ist in diesem Urteil nicht entschieden und wollte nicht entschieden werden: vgl. hierüber die folgende Nummer. Anm. d. E.

Die Klage ist in der Berufungsinstanz abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Der verstorbene Ehemann der Klägerin und diese selbst haben unbestrittenermaßen die Pflugwirtschaft in Zazenhausen nicht für Rechnung des Beklagten, sondern für eigene Rechnung betrieben, ohne die nach § 33 GO. erforderliche Erlaubnis zum Wirtschaftsbetrieb zu besitzen. Dies wurde ihnen dadurch ermöglicht, daß sie für Stellvertreter des Beklagten (§ 45 GO.) ausgegeben wurden. Während Sinn und Zweck der zwischen dem Ehemann der Klägerin (bezw. der Klägerin) und dem Beklagten getroffenen Vereinbarung dahin ging, daß Beklagter gegen Bezahlung von jährlich 700 M. dem S. und nachher dessen Frau den Betrieb seiner Wirtschaft für ihre eigene Rechnung überließ, wurde das Verhältnis nach außen der Behörde gegenüber so dargestellt, als ob S. bezw. die Klägerin als Angestellte des Beklagten für dessen Rechnung die Wirtschaft betreiben und zugleich deren Räumlichkeiten gemietet haben. Es unterliegt also keinem Zweifel, daß in Wirklichkeit von einem Dienstverhältnis des S. und der Klägerin gegenüber dem Beklagten keine Rede war, daß lediglich zum Schein der Vertrag, wodurch die Pflugwirtschaft dem S. bezw. der Klägerin zum Betrieb für eigene Rechnung gegen Entgeld überlassen wurde, in zwei Verträge, einen Dienst- und einen Mietvertrag zerlegt wurde, die in untrennbarem Zusammenhang standen, sofern es offenbar dem S. und der Klägerin nicht einfallen konnte, für Benützung der Wirtschaftsräume jährlich 700 M. zu bezahlen, wenn sie darin nicht (für eigene Rechnung) wirtschaften durften. Der Zweck dieser Art des Vorgehens der vertragschließenden Teile war, in Umgehung des Gesetzes dem Inhaber der Wirtschaft zu ermöglichen, sie trotz fehlender behördlicher Erlaubnis für eigene Rechnung zu betreiben, also eben das zu ermöglichen, was das Gesetz im öffentlichen Interesse verbietet und verhindert wissen will (vgl. § 48 der Verfassung des württembergischen Ministeriums des Innern betr. den Vollzug der GO. vom 9. Nov. 1883). Das Gericht darf sich aber nicht dazu hergeben, Recht zu sprechen auf Grund eines Vertrags, der einen

gesetzlich verbotenen Zustand — Wirtschaftsführung ohne Erlaubnis der Behörde — herbeizuführen bezweckte, insbesondere der Klägerin eine Entschädigung dafür zuzusprechen, daß sie einen Wirtschaftsbetrieb (angeblich) durch Schuld des Beklagten aufgeben mußte, den sie von Anfang an nicht führen durfte, weil ihr die gesetzlich notwendige Erlaubnis dazu fehlte, und den die Ortspolizeibehörde, wenn sie mit dem wahren Sachverhalt bekannt war, keinen Augenblick dulden durfte. Das Abkommen der Parteien stellt sich, weil auf Begehung und Beförderung einer unter Strafe verbotenen Handlung gerichtet, als nichtig dar: daß auch Klägerin gewußt hat, daß zum Wirtschaftsbetrieb Erlaubnis der Behörde erforderlich ist, darf bei ihr als einer Wirts-Frau unbedenklich unterstellt werden. Diese Nichtigkeit des unter den Parteien bestehenden Vertrags hat zur Folge, daß alle in Anlaß jenes verbotenen Geschäfts zwischen den Beteiligten erwachsenen Beziehungen, weil auf gesetzwidrigem Grund beruhend, jeder rechtlichen Wirkung entbehren und zu Gunsten des einen Teils so wenig als des andern richterlichen Schutz und Anerkennung genießen können. Das ist in der gemeinrechtlichen, insbesondere auch der württembergischen Rechtsprechung anerkannt [1]).

Die auf das erwähnte Vertragsverhältnis der Parteien gestützten Ansprüche der Klägerin entbehren daher der rechtlichen Begründung. Soweit etwa Beklagter auf Kosten der Klägerin unrechtmäßig bereichert ist, ist es der Klägerin unbenommen, mit einer anderen Klage Erstattung dieser Bereicherung zu fordern; die erhobene, auf den nichtigen Vertrag der Parteien gestützte Klage aber war ohne weiteres abzuweisen.

Der von den Parteien wirklich gewollte, durch den Dienst- und Mietvertrag verdeckte Vertrag, der die Ueberlassung der Wirtschaft an einen Pächter zum Betrieb auf dessen eigene Rechnung bezweckte, war freilich weder unsittlich noch verstieß er gegen ein verbietendes Gesetz. Aber er konnte nicht zur Ausführung gelangen, ohne daß der Pächter die behördliche Erlaubnis zum Wirtschaftsbetrieb auswirkte; weil die Vertragschließenden diese

1) Vgl. Seuffert, Bd. 6 Nr. 166; Württ. Archiv, Bd. 15 S. 425 ff.; Boscher's Zeitschrift, Bd. 36 S. 28 ff.

gesetzliche Vorschrift nicht erfüllen wollten, wählten sie eine Form, die ihr Rechtsverhältnis äußerlich als ein anderes erscheinen ließ, als es in Wirklichkeit war, und führten so einen gesetzlich verbotenen Zustand herbei, auf dessen Fortbestand kein Teil gegen den andern Anspruch hatte und dessen Beendigung daher keine Entschädigungsforderung aus dem Grund des Vertragsbruchs zu begründen vermag.

Urteil des I. Civilsenats vom 20. Dezember 1895 i. S. Krehl gegen Seyfried.

4.

Unklagbarkeit von Forderungen für Leistungen, die in Ausführung eines zur Umgehung des § 33 der Gewerbeordnung abgeschlossenen Vertrags erfolgt sind?

Die Beklagte hat während der Jahre 1888—1894 die Wirtschaft „zum Frühlingsgarten" in Ulm betrieben, für welche dem Kläger — Eigentümer des Anwesens — die persönliche Wirtschaftsgerechtigkeit zusteht. Am 29. Mai 1888 hatte der Kläger gemeinschaftlich mit dem Ehemann der Beklagten auf dem Stadtpolizeiamt zu Ulm die Anzeige gemacht, daß der letztere vom 31. Mai 1888 ab die Führung der Wirtschaft zum Frühlingsgarten übernehmen werde gegen eine Belohnung von 70 M. monatlich nebst freier Wohnung; hiebei wurde dem Kläger und dem Ehemann der Beklagten vom Polizeikommissär eröffnet, daß die Eingehung eines Pachtverhältnisses unzulässig sei. Unterm 23. Mai 1888 ist von dem Kläger und der Beklagten unter Genehmigung ihres Ehemanns, ein Vertrag unterzeichnet worden, wornach die Beklagte die Führung der Wirtschaft zum Frühlingsgarten gegen eine monatliche „Entschädigung oder Belohnung" von 70 M. übernehmen und das von dem Kläger gelieferte Bier ausschenken sollte. Der Kläger trat der Beklagten laut dieses Vertrags weiter außer den zur Wirtschaft gehörigen Lokalitäten den ganzen mittleren Stock des Hauses nebst einigen Nebenräumen mietweise gegen einen jährlichen Mietzins von 900 M.,

zahlbar in monatlichen Raten von 75 M., ab. Für die Einhaltung dieser Zahlungen, sowie für richtige Ablieferung des Biergeldes hatte die „Wirtschaftsführerin“ eine Bürgschaft im Betrag von 1000 M. zu stellen.

Die in diesem Vertrag anbedungene „Entschädigung“ von monatlich 70 M. hat die Beklagte nie erhalten, vielmehr wurde ihr statt derselben der Nutzen aus dem Bierschank überlassen. In den von dem Kläger auf die Beklagte je monatlich ausgestellten Rechnungen ist derselben der Preis des gelieferten Bieres, unter Abzug eines „Skontos“, und dazu die Wohnungsmiete mit monatlich 75 M. in Anrechnung gebracht.

Am 24. November 1894 fand zwischen dem Kläger und der Beklagten, welche mit ihren Zahlungen in Rückstand geraten war, eine Abrechnung statt, auf Grund deren die Beklagte am genannten Tag einen von ihrem Ehemann mitunterzeichneten Schuldschein ausstellte. Sie bekennt darin, dem Kläger „an Bierabrechnungsrest und Wohnungsmiete“ die Summe von 3623 M. 50 Pf. schuldig geworden zu sein.

Gegen die Klage auf Bezahlung dieser 3623 M. 50 Pf. hat die Beklagte eingewendet: mit dem Vertrag vom 23. Mai 1888 habe der Kläger in Umgehung des Gesetzes (der Gewerbeordnung) seine Wirtschaft an die nicht im Besitz einer Konzession befindlichen Beklagte verpachtet, auf deren eigene Rechnung gegen einen monatlichen Pachtzins von 75 M. Diese Abmachung der Parteien sei auf beiden Teilen eine unerlaubte gewesen, dem Kläger stehe also eine klagbare Forderung nicht zu. Der Einwand ist in zweiter Instanz verworfen worden. In den

Gründen

wird zunächst ausgeführt, daß der in der Abrechnung enthaltene Anerkennungsvertrag einen selbständigen Verpflichtungsgrund bilde, die Klage daher an sich begründet sei. Dann wird fortgefahren:

Der Beklagten ist allerdings nicht benommen, einredeweise die Ungültigkeit des Anerkenntnisses geltend zu machen und zu diesem Zwecke auf das zu Grund liegende Schuldverhältnis zurückzugehen, namentlich also nachzuweisen, daß der anerkannte An-

spruch auf einem gesetzlich verbotenen oder unsittlichen und deshalb ungültigen Rechtsgeschäft beruhe [1]).

Der vorige Richter hat den in dieser Richtung von der Beklagten erhobenen Einwand für begründet erachtet: das Verhältnis zwischen den Parteien sei thatsächlich ein Pachtverhältnis gewesen, die Form eines Geschäftsführungsvertrags von ihnen nur gewählt worden, um das gesetzliche Verbot der Verpachtung einer persönlichen Wirtschaftsgerechtigkeit (D. Gewerbeordnung §§ 33, 55) zu umgehen und das Verhältnis den Behörden gegenüber als ein erlaubtes hinzustellen. Der Vertrag vom 23. Mai 1888, der die Grundlage der Klage bilde, sei hiernach nichtig, was auch der Kläger beim Abschluß gewußt habe. Nun sei zwar der unsittliche Teil des Rechtsgeschäfts nicht der Pachtvertrag, auf Grund dessen abgerechnet und geklagt worden, vielmehr sei das eigentlich unsittliche der Geschäftsführungsvertrag, welcher zur Täuschung der Behörde und zur Umgehung des Gesetzes fingiert worden sei, allein man könne diese beiden Willenserklärungen nicht trennen.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Vertrag vom 23. Mai 1888 — insoweit darin das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als ein Stellvertretungsantrag („Wirtschaftsführung") behandelt und geregelt ist — ein nur fingierter war, ob die Absicht derselben in Wahrheit dahin ging, die Beklagte solle die Wirtschaft zum Frühlingsgarten auf eigene Rechnung betreiben, und ob demgemäß das wirkliche Verhältnis der Parteien ein „Pachtverhältnis" [2]) gewesen ist. Denn diese Prämissen würden gleichwohl die von dem Unterrichter gezogene Schlußfolgerung nicht rechtfertigen.

Der Klageanspruch ist wie erwähnt auf die Abrechnung und das Schuldanerkenntnis der Beklagten vom 24. November 1894 gestützt; diesen wiederum liegen Ansprüche des Klägers für geliefertes Bier und für Wohnungsmiete zu Grund. Die bezüglichen Leistungen des Klägers sind gemacht worden in Erfüllung

1) Entsch. des Reichsg., Bd. V Nr. 33 S. 125, Bd. XXIII Nr. 26 S. 138.

2) s. übrigens Schicker, Gew.O. zu § 33 S. 80 Nr. 73.

der zwischen den Parteien wirklich abgeschlossenen und durchaus ernstlich gemeinten Rechtsgeschäfte.

Eine Vereinbarung der Parteien, wodurch die Wirtschaftsführung der Beklagten für deren eigene Rechnung überlassen wurde, schloß noch nicht begriffsnotwendig die weiteren Rechtsgeschäfte in sich, denen die abgerechneten Ansprüche des Klägers entsprungen sind.

Die Forderung für geliefertes Bier ist bei der unterstellten Voraussetzung ohne Zweifel eine solche aus Kauf (wohl nicht Tröbelvertrag), mögen nun die einzelnen Bierlieferungen je besondere Kaufe gewesen sein oder die Erfüllung eines einheitlichen Vertrages auf Bierabnahme und Bierlieferung. Der Mietzinsanspruch ist gerichtet auf das Entgelt für die der Beklagten und ihrer Familie überlassene Benützung eines Teils des klägerischen Hauses insbesondere der Wohnräume, beruht auf einem Mietvertrag, der, wenn auch in Verbindung mit dem Stellvertretungsvertrag, sicherlich als ein ernstlicher daneben abgeschlossen worden ist.

Daß diese Rechtsgeschäfte als zur Umgehung des Gesetzes oder vielmehr gegen das Gesetz (contra legem) [1]) abgeschlossene und deshalb ungültige zu betrachten seien, kann nicht zugegeben werden.

Ein (direktes) Verbot der in Frage stehenden Rechtsgeschäfte enthält die Gewerbeordnung nicht. Verboten ist durch § 33 und § 147 Ziff. 1 der G.O. der selbständige gewerbsmäßige Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft ohne die erforderliche Erlaubnis. Der Gewerbebetrieb an sich ist kein Rechtsgeschäft, sondern die Bethätigung der allgemeinen privatrechtlichen Handlungsfreiheit — berufsmäßige Erwerbsthätigkeit [2]). Allerdings verwirklicht sich der Gewerbebetrieb, außer durch persönliche Thätigkeit, durch den Abschluß von Rechtsgeschäften; und es ist insofern möglich, daß ein einzelnes Rechtsgeschäft oder die Wiederholung solcher eine Zuwiderhandlung gegen das Verbot der Gewerbeordnung darstellt. Wenn aber derjenige, welcher

1) Vgl. Lang in Boscher's Zeitschrift, Bd. 28 S. 329 Ziff. V.

2) Vgl. Seydel, Gewerbepolizeirecht in Hirth, Annalen XIV S. 637.

ohne die erforderliche Erlaubnis eine Gast- oder Schankwirtschaft betreibt, hiedurch gegen das Verbot der Gewerbeordnung verstößt, so folgt daraus noch nicht die Ungültigkeit der von ihm in Ausübung des unerlaubten Gewerbebetriebs abgeschlossenen Rechtsgeschäfte; und wenn derjenige, welcher diesem Gewerbetreibenden wissentlich die Mittel zu dem nicht konzessionierten Betrieb, etwa durch Ueberlassung des Lokals oder Lieferung von Getränken — gewährt, nach Umständen sich der Teilnahme an einem Vergehen wider § 147 Ziff. 1 der G.O. schuldig und strafbar machen kann [1]), so ist damit noch nicht gegeben, daß die zwischen den Beiden abgeschlossenen Rechtsgeschäfte civilrechtlich unwirksam sind.

Für die Frage nach der civilrechtlichen Wirksamkeit von Verbotsgesetzen können die Bestimmungen des römischen Rechts [2]) nur eine Regel an die Hand geben, bei deren Anwendung der Wille des Gesetzgebers, Grund und Tragweite des konkreten gesetzlichen Verbotes zu berücksichtigen sind. Aus einem Strafverbot insbesondere folgt noch nicht notwendig die civilrechtliche Unwirksamkeit der verbotenen Handlung; es kommt hier auf den Verbotsgrund und darauf an, welche Rechtsgrundsätze durch die Handlung verletzt sind. Anders als bei Verboten von Handlungen, welche in die sittliche Rechtsordnung eingreifen, ein materielles Unrecht enthalten, ist bei den nur „formalen", im Interesse der Gewerbepolizei, zu Steuerzwecken, zur Verkehrssicherheit 2c. erlassenen Verboten im Zweifel nicht als die Absicht des Gesetzgebers zu unterstellen, daß der verbotenen Handlung auch die civilrechtliche Wirksamkeit versagt sein solle [3]).

Letzteres trifft auch bei den Verboten der Gewerbeordnung zu, mit Ausnahme der wenigen Fälle, wo dieselbe die civilrechtliche Ungültigkeit einer verbotenen Handlung ausdrücklich statuiert (§ 117 vgl. mit 115; zu vgl. auch § 152 Abs. 2). Insbesondere

1) Vgl. Schicker, § 33 S. 80.

2) l. 6 cod. II 3, l. 5. cod. I 14.

3) Vgl. Endemann über die civilrechtl. Wirkung der Verbotsgesetze, 1881, S. 28 ff., 59 f., 107 f., 113 ff., 116 ff. Förster-Eccius, Pr. Privat-R. I, § 28 S. 150 und Note 20.

ist den Vorschriften, welche die Einholung einer polizeilichen Erlaubnis, Konzession &c. zu einem Betrieb gebieten und den Gewerbebetrieb ohne solche Erlaubnis verbieten (G.O. § 29 ff. 147) nicht die Tragweite beizulegen, daß hiedurch in die civilrechtliche Wirksamkeit der in Ausübung des Gewerbebetriebs vorgenommenen Rechtshandlungen eingegriffen würde. In der Strafe und den vorgeschriebenen polizeilichen Maßregeln (G.O. §§ 15 Abs. 2, § 47 Abs. 3. 4. W. Vollzugsverfügung vom 9. Nov. 1883 § 48) mag hier eine ausreichende Sicherung des Verbots gefunden werden[1]).

Daran kann kein Zweifel bestehen, daß die von einem nicht konzessionierten Wirt mit seinen Gästen oder auch mit Dritten (an der Wirtschaftskonzession nicht Beteiligten) z. B. Lieferanten geschlossenen Geschäfte privatrechtlich gültig sind[2]).

Ob aber ein Vertrag, wodurch der Inhaber einer persönlichen Wirtschaftsgerechtigkeit sich verpflichtet, einen anderen für dessen eigene Rechnung wirtschaften zu lassen, rechtsgültig oder vielmehr deshalb rechtsunwirksam ist, weil die zugesagte Leistung, (soweit überhaupt rechtlich möglich) eine gesetzwidrige wäre, kann unentschieden bleiben; um den Anspruch auf eine derartige Leistung bezw. die Gegenleistung hiefür hat es sich bei der zwischen den Parteien gepflogenen Abrechnung nicht gehandelt.

Aus dem Verbot der Gewerbeordnung allein, der Unerlaubtheit des Wirtschaftsbetriebs der Beklagten, läßt sich also die Ungültigkeit der dem Klageanspruch zu Grund liegenden Rechtsgeschäfte nicht ableiten.

Aber auch die Annahme, daß die fraglichen Rechtsgeschäfte gegen das Sittengesetz verstoßen, sittlich verwerfliche seien, wäre in dem unterstellten Fall nicht gerechtfertigt.

Ein Zuwiderhandeln gegen das gewerbepolizeiliche und steuerrechtliche Verbot, bezw. gegen das Strafverbot der Gewerbe-

1) Vgl. Endemann cit. S. 116 f. Rehm, Die rechtl. Natur der Gewerbekonzession, § 11 S. 65 ff.; s. auch Lang, Pers.-R, § 24 S. 133 Nr. 29. W. Archiv III, S. 396 f.

2) S. auch Handelsgesetzbuch, Art. 11, 276 vgl. mit Art. 271[1].

ordnung würde das Rechtsgeschäft noch nicht ohne Weiteres zu einem unsittlichen machen [1]), es müßte noch ein weiteres Moment hinzutreten. Ein solches — das eigentlich unsittliche — findet der erste Richter in dem zur Täuschung der Behörde und zur Umgehung des Gesetzes fingierten Geschäftsführungsvertrag. Der letztere wäre jedoch, wenn und soweit fingiert (simuliert), schon deshalb nichtig; es kann sich nur fragen, ob das zwischen den Parteien wirklich abgeschlossene Rechtsgeschäft aus dem Grund als ein negotium turpe anzusehen sei, weil es unter dem Deckmantel jenes Scheinvertrags geschlossen worden ist. Von diesem Gesichtspunkt kann allerdings nach Umständen eine Abmachung, welche darauf abzielt, dem einen Beteiligten die Möglichkeit des unbefugten Gewerbebetriebs mittels Täuschung der Behörde zu verschaffen, sich als Verletzung nicht nur der öffentlichen Rechtsordnung, sondern auch des Sittengesetzes darstellen; so wenn der Inhaber einer Wirtschaftskonzession sich gerade für die dem anderen Kontrahenten zugesagte Mitwirkung zu Täuschung der Behörde und zu Umgehung des Gesetzes eine Gegenleistung versprechen läßt [2]). Allein so liegt der gegenwärtige Fall nicht. Es handelt sich bei den zwischen den Parteien abgerechneten Ansprüchen um Gegenleistungen — nicht für das Mitwirken des Klägers zu der Unterdrückung der Wahrheit oder dem täuschenden Verhalten gegenüber der Obrigkeit, sondern für geliefertes Bier und gewährte Wohnung.

Diese Leistungen und jene Gegenleistungen verstoßen — an sich — natürlich in keiner Weise gegen Moral und Sitte, es sind dem Inhalt nach erlaubte und reelle Geschäfte. Zwar kommt es für den Begriff der turpitudo nicht lediglich auf die Natur der Vertragsleistungen, sondern auch auf den Inhalt und den nächsten Zweck des Geschäftes, nach Umständen auf die Beweggründe der Kontrahenten an [3]).

1) Vgl. auch Urteil des O.-Tribunals in Boscher's Zeitschr. Bd. 27 S. 327 ff.

2) Vgl. Urteil des K. Oberlandesgerichts vom 18. Sept. 1890 i. S. Kühn g. Heer, Boscher's Zeitschr., Bd. 36 S. 28.

3) Vgl Dernburg, P. II § 16 S. 48, Entw. zum bürgerl. Gesetzb. I § 106, II § 103, Motive I S. 211, II. Lesung v. Reatz, S. 56 Note 1.

Allein man darf nicht **jeder** Beziehung eines an sich erlaubten Rechtsgeschäfts zu einem unerlaubten Zweck oder zu einer unsittlichen Handlung die Bedeutung beilegen, daß hiedurch jenem Geschäft selbst das Gepräge der Unsittlichkeit mit der Wirkung der Nichtigkeit aufgedrückt wird. Die letztere Wirkung hat ein Zusammenhang des Geschäftes mit einer verbotenen, strafbaren Handlung nicht einmal da stets und unbedingt im Gefolge wo diese Handlung einen Verstoß gegen die rechtlich anerkannte Sitte enthält [1]), noch weniger immer und unbedingt da, wo das fragliche Rechtsgeschäft mit der Uebertretung oder Umgehung eines gewerbepolizeilichen, bezw. Steuergesetzes zusammenhängt. Wenn für den Begriff des Unsittlichen überhaupt die im Volksbewußtsein wurzelnde Anschauung von guter Sitte und Ehrenhaftigkeit zum Maßstab zu nehmen ist, so ist auch für die Frage, inwieweit die Beziehung eines Rechtsgeschäftes zu einer ungesetzlichen Handlung dem Geschäfte den Makel der turpitudo anhafte, jene sittliche Anschauung zu beachten. Die absichtliche Täuschung der Obrigkeit zum Zweck der Ausübung eines unerlaubten Gewerbebetriebs ist gewiß nicht bloß rechtswidrig sondern auch unmoralisch. Es wird aber kaum gesagt werden können, daß die Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen, die Abgabe von Getränken an einen nicht konzessionierten Wirtschaftspächter, von der öffentlichen Meinung um deswillen schon als „unsittliche" Geschäfte angesehen werden, weil der wirtschaftsberechtigte Verpächter den ersteren bei der Behörde unwahrer Weise für seinen Stellvertreter ausgegeben oder beide der Behörde einen fingierten Stellvertretungsvertrag vorgelegt haben. Man wird es für billig und recht finden wenn die Beiden wegen der Gesetzesübertretung zur Verantwortung gezogen werden und der unbefugte Betrieb von der Polizei verhindert wird, man würde es aber wohl nicht leicht verstehen, daß der Geschäftsinhaber und Lieferant deshalb, weil die Einholung einer Konzession für den vorgeblichen Stellvertreter umgegangen wurde

1) Vgl. Entsch. des R.G., Bd. VI Nr. 44 S. 170; **Dernburg**, a. a. O. **Ravit** im civilist. Archiv, Bd. 58 S. 66; **Seuffert**, Archiv, Bd. 49 Nr. 238.

und nun der letztere sich auf die (von ihm selbst zunächst) verübte Verletzung des Gesetzes zu berufen beliebt, um seinen mehrjährigen Geschäftsverdienst kommen soll. Solches kann denn auch nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen sein.

Der Einwand der Beklagten, daß der von ihr anerkannte Anspruch des Klägers wegen Unerlaubtheit oder Unsittlichkeit der zu Grunde liegenden causa nicht zu Recht bestehe, war hienach zu verwerfen.

Urteil des II. Civil-Senats vom 11. Juli 1895 i. S. Mayser g. Kick.

5.

Haftung eines Beauftragten aus unrichtiger Deklaration einer Geldsendung.

Der Beklagte steht mit der Klägerin in laufender Rechnung mit Kreditgewährung bis zu 5000 M. Am 21. Oktober 1892 gab er der Klägerin die telegraphische Weisung, an den Obst- und Gemüsehändler Charles Frebel in Dolhain (bei Lüttich, Belgien), einem Geschäftsfreund und Obstlieferanten des Beklagten, 1600 M. zu senden. Am gleichen Tag lieferte die Klägerin durch einen Lehrling bei dem Postamt H. einen Wertbrief mit der Adresse des Frebel zu 600 M. deklariert ein, nach der Beurkundung des Annahmebeamten im Gewicht von 46 gr. In dem Wertbrief sollen sich nach Angabe der Klägerin 16 100M.-Banknoten in ein kleines Stück Zeitungspapier gelegt und ein Begleitschreiben des Inhalts befunden haben, daß die 1600 M. im Auftrag des Beklagten übersandt werden, wofür Frebel der Bank bescheinigen und den Beklagten erkennen wolle. Zugleich versicherte die Klägerin die Wertsendung bei der Allgemeinen Versicherungsgesellschaft Helvetia in St. Gallen mit 1600 M. gegen Transportgefahr. An dem 21. Oktober 1892 schrieb ferner die Klägerin dem Beklagten, daß sie seiner telegraphischen Weisung zufolge an Frebel 1600 M. bar („Wert heute zu Ihren Lasten") gesandt habe. Von Frebel kam keine

Empfangsbestätigung ein, auch wurde er daran von der Klägerin nicht erinnert.

Durch Postkarte vom 1. Dezember 1892 fragte Beklagter bei der Klägerin an, wie viel Geld an Frebel abgegangen sei, dieser behauptete, nur 600 M. erhalten zu haben, und schreibe, er sei kein Betrüger, Beklagter solle sich die Postquittung zeigen lassen. Das Begleitschreiben will Frebel gleichfalls nicht bekommen haben. In der Folge weigerte sich Beklagter, die ihm auf den 1. Januar und 30. Juni 1893 zugestellten Rechnungsauszüge der Klägerin anzuerkennen, da Klägerin ihn für die Wertsendung vom 21. Oktober 1892 nur mit 600 und nicht mit 1600 M. belasten dürfe.

Klägerin klagt daher gegen den Beklagten auf Anerkennung der Belastung mit 1600 M.

In erster Instanz wurde dem Klagantrag gemäß erkannt. Auf Berufung des Beklagten wurde — nach stattgehabtem Beweiseinzug, wobei Frebel sich weigerte, sich vor dem Amtsgericht Aachen als Zeugen vernehmen zu lassen, wozu er sich in erster Instanz erboten hatte — die Klage abgewiesen aus folgenden

Gründen:

1. Das zwischen den Parteien durch die Weisung des Beklagten, an Frebel in Dolhain 1600 M. zu schicken, und durch die Annahme der Ausführung dieser Weisung begründete Rechtsverhältnis, dessen rechtliche Natur sich aus sich selbst beurteilt und durch die Entstehung innerhalb eines offenen Kredits nicht berührt wird [1]), stellt sich als ein Zahlungsmandat, als ein Mandieren auf gedeckten Kredit [2]) dar, und ist daher nach den Grundsätzen über das Mandat zu entscheiden. Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin, wenn sie auftragsgemäß gezahlt hat, Anspruch auf Schadloshaltung, Deckung, also hier nach Inhalt des Kreditvertrags auf Belastung des Beklagten in laufender Rechnung. Andererseits hat die Klägerin sich darüber aus-

1) Cohn, Die Kreditgeschäfte in Endemann, Handbuch des Deutsch. Handelsrechts III S. 934.

2) Cohn, Die Zahlungsgeschäfte, a. a. O. S. 1088

zuweisen [1]), daß sie den Auftrag pünktlich vollführt habe, wobei sie auch für das geringste Versehen, für jede Nachlässigkeit, nicht aber für den Zufall haftet. Sie hat also insbesondere die Gefahr des (ihr zur Ausführung des Auftrags gestatteten) Transports auf der Post nicht zu tragen. Der von dem Beklagten angezogene Art. 325 H.G.B.'s, wonach die Geldsendung an den Gläubiger auf Gefahr und Kosten des Schuldners zu übermachen ist, findet schon darum keine Anwendung, weil es sich hier um keine Geldzahlung an den Gläubiger selbst nach dessen Wohnort und in Erfüllung einer Geldschuld handelt, und dann weil aus der gesagten Natur des Geschäfts (als eines Mandats) „ein Anderes", die Nichthaftung für den Zufall sich ergiebt [2]).

Die Sorgfalt, zu welcher die Klägerin verpflichtet war, ist die eines ordentlichen Kaufmanns des betreffenden Handelsgewerbes (eines Bankiers).

Diese Sorgfalt erschöpfte sich im vorliegenden Fall noch nicht damit, daß die Klägerin die gewünschte Summe von 1600 M. richtig in H. zur Post einlieferte. Durch den Beweis dieser Einlieferung ist daher die Klägerin noch nicht von jeder weiteren Verantwortlichkeit befreit, sondern eine pünktliche Ausführung des Auftrags erforderte ferner, daß Klägerin im Interesse ihres Auftraggebers, des Beklagten, alle nach den bestehenden Verkehrseinrichtungen möglichen und üblichen Maßnahmen traf, welche den Beklagten vor der Gefahr eines Verlustes während des Transports zu schützen und den Beweis der richtigen Ablieferung an den Adressaten Frebel zu sichern geeignet waren. Ist hierin etwas versäumt und versehen worden, so entschuldigt eine solche Nachlässigkeit selbst dann nicht, wenn die Klägerin in ihren eigenen Angelegenheiten ebenso zu handeln pflegt [3]).

1) S. über die Beweispflicht des Beauftragten die Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 20 S. 269 und des Reichs-O.H.G. in Seuffert's Archiv, Bd. 27 Nr. 124.

2) Entsch. des Reichsgerichts 2 S. 116; 23 S. 95 ff.

3) L. 21 Cod. mand. vel contra 4,5. Unterholzner, Lehre von den Schuldverh. II S. 592. Glück, Pand. 15 S. 261, 272.

Zu diesen im Interesse des Auftraggebers gebotenen Sicherungsmaßregeln gehört vor Allem die Deklarierung der Wertsendung und zwar zum vollen Betrag des inliegenden Werts, der inliegenden 16 100M.-Banknoten. Diese in der Post-Ordnung [1]) vorgesehene Schutzmaßregel hat zwar zunächst den Zweck, gegen die Gefahr eines gänzlichen und teilweisen Verlustes auf dem Transport — für welchen die Post nach §§ 6—8, 13, 14 des Reichsgesetzes vom 28. Oktober 1871, Reichs-Ges.-Bl. S. 347 ff. vgl. mit dem Uebereinkommen des Weltpostvereins vom 4. Juli 1891, betr. den Austausch von Briefen und Kästchen mit Wertangabe Art. 11 Reichsges.-Bl. 1892 S. 535 ff. einzustehen hat — zu sichern, allein sie bietet zugleich eine Gewähr gegen ein bei einer Wertsendung mögliches unredliches Handeln des Empfängers. Der Empfänger anerkennt zwar mit der Bescheinigung des Empfangs der Wertsendung noch nicht, wie der Beklagte meint, der Post und dem Absender gegenüber den richtigen Empfang des Inhalts der Sendung in Höhe des auf dem Umschlag des Wertbriefs angegebenen Werts [2]). Wenn er jedoch den Empfang einer geringeren Summe als der außen deklarierten geltend machen will, so ist er zur ungesäumten Reklamation veranlaßt; unterläßt er solche, so geht nicht nur der Anspruch (des Absenders) gegen die Postanstalt verloren [3]), sondern es liegt in dieser Unterlassung zugleich seitens des Empfängers eine Anerkennung des richtigen Empfangs gegenüber dem Absender, welcher diesen (und auch einen Dritten, den Auftraggeber des Absenders) eines weiteren Beweises des richtigen Inhalts überhebt. Zudem bietet die volle Deklarierung insofern einen Schutz, als sie regelmäßig den Empfänger abhalten wird, der Wahrheit zuwider einen geringeren Inhalt der Sendung zu behaupten, da, wie er sich selbst sagen muß, die hiezu nötige sofortige Reklamation eine alsbaldige amtliche Unter-

1) Württ. P.O. vom 27. Juni 1892 § 7 Regbl. S. 200.

2) Dambach, Postgesetz, 4. Aufl. § 8 Anm. 3 (S. 52).

3) Postgesetz § 7 vgl. H.G.B. Art. 408 Abs. 2 Art. 421. Schott, Das Transportgeschäft in Endemann, Handb. des D. Handelsrechts III S. 560.

suchung zur Folge hat, welche zu dieser Zeit durch Erhebung über die äußere Beschaffenheit und das Gewicht der Sendung bei Ein- und Ablieferung, durch Vergleichung dieses Gewichts mit dem vom Absender und Empfänger behaupteten Inhalt, durch Beweiserhebung über die Art der Absendung und des Empfangs unschwer das wahre Sachverhältnis feststellen kann. (Die Behauptung des Beklagten, daß bei richtiger Deklaration die Postverwaltung den von Frebel angegebenen Fehlbetrag zweifellos ohne Prozeß ersetzt haben würde, ist dagegen völlig haltlos[1]). Dieser Schutz wird durch eine nur teilweise Deklarierung nicht gewährt. Die Versuchung für den Empfänger, den richtigen Empfang der Sendung abzuleugnen, ist hier eine viel größere und es sagt die Klägerin in ihrer Berufungsbeantwortung selbst, daß die unterwertige Deklaration offenbar dem Empfänger Frebel den Anstoß zu seinem Betrug gegeben habe. Der Empfänger ist hier nicht gehindert, auch erst in späterer Zeit einen Empfang über die außen deklarierte Summe hinaus wegzustreiten und dadurch den Beweis dieses Empfangs wesentlich zu erschweren, wenn nicht unmöglich zu machen. Hiegegen schützt auch nicht der die richtige Summe bezeichnende Avisbrief, mag er besonders oder in der Wertsendung geschickt worden sein; denn nicht weniger leicht kann der Empfänger auch diesen Brief beseitigen und ableugnen.

Ebenso wenig schützt die gleichzeitige Versicherung des vollen Werts bei einer Versicherungsgesellschaft, da diese Versicherung nur vor der Gefahr eines Verlustes während des Transports sichert, nicht aber vor einem unredlichen Verhalten des Empfängers. Die Klägerin beruft sich nun zwar darauf, daß ein geringeres Deklarieren mit gleichzeitiger voller Versicherung bei ihr und auch bei anderen Banken stets üblich, daß dies wegen der Portoersparnis im eigenen Interesse der Kunden gelegen und daß eine Unredlichkeit des Empfängers nicht in Rechnung zu nehmen sei. Auch beruft sie sich auf Sachverständige dafür, daß ein derartiges Deklarieren mit gleichzeitiger voller

1) Vgl. dazu § 7 Postgesetzes, Schott, a. a. O., S. 554 und Wirsing, Die civilrechtl. Haftung der Post, S. 30 ff.

Versicherung nicht leichtfertig sei und nicht gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verstoße.

Allein die Frage, ob ein Verhalten nachlässig ist oder nicht, hat der Richter von sich aus zu beurteilen, wobei er allerdings auf die gegebenen Verhältnisse und auch auf die bestehenden Gebräuche entsprechende Rücksicht zu nehmen hat. Die gedachte Uebung läßt sich aber keinenfalls als eine für alle Fälle gleichmäßig gerechtfertigte ansehen und besteht auch in der von der Klägerin behaupteten Allgemeinheit nicht. Sie kann zu billigen sein für den unmittelbaren Verkehr des Bankiers mit seinen Kunden; bei diesen, mit denen er in Geschäftsverbindung steht, mit denen er kontrahiert, kann er die Redlichkeit mit Grund voraussetzen und sich auf die Sicherung gegen die Gefahr eines Verlustes während des Transports beschränken. Der Kunde, der Gegenkontrahent, kann sich nicht darüber beschweren, daß man seiner und seiner Angestellten Redlichkeit vertraut habe; hier wird daher der Nachweis der richtigen Absendung, auch wenn nicht voll deklariert worden ist, regelmäßig genügen. Das Gleiche mag auch ausnahmsweise Dritten gegenüber dann zutreffen, wenn diese nach den dem Bankier bekannten persönlichen und geschäftlichen Verhältnissen die nötige Garantie bieten, so daß ein Vertrauen hierauf dem Bankier nicht zum Vorwurf gereichen kann. Allein im gegenwärtigen Fall stand die Sendung einer nicht unerheblichen Summe an einen der Klägerin völlig unbekannten Mann, welcher zudem im Ausland wohnt und daher viel schwerer zugänglich und belangbar ist, in Frage. Diesem gegenüber war die Klägerin nicht berechtigt unbedingt zu vertrauen; sie war, wenn sie sich nicht den Vorwurf der Außerachtlassung der nötigen Sorgfalt und Vorsicht aussetzen will, gehalten, die ihr durch die Postordnung an die Hand gegebenen Sicherungsmaßregeln im vollen Maße zu benützen. Ein Abgehen hievon, ein geringeres Deklarieren, ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn die Klägerin hiezu von ihrem Kunden, dem Beklagten, ausdrücklich ermächtigt gewesen wäre oder auch wenn der Kunde, der Beklagte, die allgemeine Uebung im klägerischen Geschäft, weniger zu deklarieren und dafür bei einer Versiche-

rungsgesellschaft voll zu versichern, gekannt und ein Abweichen von dieser Uebung im vorliegenden Fall nicht verlangt hätte. Beides trifft aber nicht zu, insbesondere konnte der Beklagte durch die Belastung mit den geringfügigen Versicherungsprämien unter den allgemeinen nicht spezifizierten Auslagen in den Semesterabschlüssen jene Geschäftsbehandlung nicht erkennen; er konnte und brauchte sich daher nicht dagegen zu verwahren.

Die Unvorsichtigkeit eines zu niederen Deklarierens, welche natürlich durch den Zweck, den Kunden etwas Porto zu ersparen, nicht entschuldigt wird, hat zudem die Klägerin noch dadurch gesteigert, daß sie es unterließ, sich baldmöglichst über den richtigen Eingang der Wertsendung bei dem Adressaten Frebel zu vergewissern, und dies wäre eine die Klägerin verantwortlich machende Nachlässigkeit selbst dann, wenn man die zu niedere Deklaration für sich allein nicht zur Schuld rechnen wollte. Zu dieser Reklamation war die Klägerin durch die in Folge des unterwertigen Deklarierens erhöhte Unsicherheit eines richtigen Empfangs bezw. erhöhte Gefahr eines betrügerischen Handelns noch mehr verbunden. Sie hat denn auch im Begleitbrief den Adressaten um Empfangsbescheinigung ersucht; blieb diese aus, so mußte sie sofort monieren; die Vergeßlichkeit ihres Personals schützt sie nicht, da sie in dem Geschäft solche Einrichtungen zu treffen hat, welche eine derartige Nachlässigkeit verhindern, auch für das Verschulden ihres Personals unbedingt einzustehen hat [1]).

Hätte aber die Klägerin auf sofortige Anzeige des Empfangs gedrungen, so hätte auch hiedurch noch, wenn Frebel, der ja nach der Ansicht der Klägerin (und nach dem Beweisergebnis) das volle Geld erhalten hat, in solchem Fall überhaupt den richtigen Empfang abzuleugnen versucht hätte, eine alsbaldige amtliche Untersuchung (wozu die Postbehörde bei der Anzeige einer Spoliation auch bei zu niederem Deklarieren verbunden war) mit Aussicht auf sofortige sichere Feststellung des Sachverhalts herbeigeführt werden können. Ein gleichartiges Verschulden des Beklagten (wie in dem Fall Seuff. Archiv, Bd. 49

1) Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 23 S. 105 f.

Nr. 21) liegt hier nicht vor, da der Beklagte auf ordnungsmäßige Erledigung der angewiesenen Wertsendung rechnen durfte und seinerseits nicht nötig hatte, sich bei Frebel alsbald über den Empfang der Sendung zu erkundigen.

Dagegen ist es unerheblich, daß Klägerin, woraus der Beklagte ihr einen weiteren Vorwurf macht, den Begleitbrief an Frebel nicht besonders gehen ließ, sondern in die Wertsendung einschloß. Durch die besondere Absendung eines Avisbriefes soll der Adressat von dem gleichzeitigen oder bevorstehenden Abschicken der Wertsendung unterrichtet werden, damit, wenn die Wertsendung unterwegs in Verlust geraten und also beim Adressaten nicht eintreffen sollte, der Absender baldmöglichst hievon behufs Ergreifung der nötigen Schritte (Laufzettel 2c.) Nachricht erhalten kann. Diese Vorsicht erübrigt sich, wenn die Wertsendung wie im vorliegenden Fall zur Ablieferung kommt. Der weitere Zweck des Avisbriefes, den Empfänger über das, was die Wertsendung enthalten soll, zu verständigen, wird durch Beilegung in die Wertsendung ebenso erfüllt; das Beiseiteschaffen und Ableugnen eines besonderen Avisbriefes wäre nur dann schwieriger, wenn er „eingeschrieben" wurde; ein Einschreiben der Avisbriefe ist aber weder üblich noch zu verlangen.

2. Den Nachteil, den der Beklagte durch die sonach unvorsichtige Ausführung der Wertsendung (durch die zu niedere Deklaration und durch die Versäumung der Monitur beim Ausbleiben sofortiger Empfangsbestätigung) erlitten, hat die Klägerin zu vertreten und dieser Nachteil besteht darin, daß die rechtliche Lage des Beklagten gegenüber seinem „Geschäftsfreund" Frebel eine andere, mißlichere, geworden ist, als sie bei vollem Deklarieren und bei sofortigem Reklamieren gewesen wäre. Es erscheint zwar der richtige Empfang der vollen 1600 M. seitens Frebel nunmehr bewiesen. (Dies wird näher ausgeführt und sodann fortgefahren:) Allein damit ist dem Beklagten noch nicht geholfen und der Nachteil, den er durch die nachlässige Behandlung der Wertsendung seitens der Klägerin erlitten, noch nicht beseitigt. Denn hätte Klägerin, wie sie verpflichtet war, den

Wertinhalt voll deklariert und sofort die Empfangsbestätigung verlangt, so wäre, wovon die Klägerin selbst ausgeht, Frebel gar nicht in die Versuchung gekommen, den Empfang der 1600 M. abzuleugnen, er hätte vielmehr dem Beklagten gegenüber sich zum Empfang der 1600 M. bekannt (bezw. auf Grund der sofortigen amtlichen Untersuchung sich bekennen müssen) und diesem in der Abrechnung gutgeschrieben. Statt dessen hat er — zufolge der unterwertigen Deklarierung — in dem Schreiben an den Beklagten vom 20. November 1892 unter Verwahrung gegen eine Verdächtigung nur den Empfang von 600 M. zugegeben und demgemäß in seiner Abrechnung mit dem Beklagten nur 750 Frs. gutgeschrieben und einen Schlußsaldo zu seinen Gunsten von 815 Frs. berechnet. Und auch jetzt noch beharrt er in seinem Schreiben vom 1. Dezember 1894 darauf, daß er nur 600 M. gefunden und empfangen habe. Mag Frebel daher auch in dem gegenwärtigen Prozeß zwischen den Parteien des Empfangs der 1600 M. für überwiesen gelten, so wäre damit der Beklagte — um in dieselbe Lage zu kommen, in welcher er bei Anerkenntnis des Empfangs der 1600 M. im Falle richtiger Deklarierung gewesen wäre, um den Frebel zum Schuldner von 1600 und nicht bloß 600 M. zu haben — noch nicht der Notwendigkeit enthoben, durch einen besonderen gegen Frebel in Belgien zu führenden Prozeß diesen zur Anerkennung der weiteren 1000 M. zu zwingen. Diese Notwendigkeit, worin schon ein Vermögensnachteil des Beklagten zu finden ist, da er an Stelle eines anerkannten Rechts ein bestrittenes, unsicheres, erst im Prozeßweg zu erstreitendes Recht hat [1]), ist gerade durch das Verschulden der Klägerin herbeigeführt worden. In Vertretung dieses Verschuldens und gemäß der Verpflichtung zur Beseitigung des dem Beklagten entstandenen Nachteils hat daher die Klägerin die Anerkennung des Frebel betreffend den Empfang der vollen 1600 M. (nötigenfalls im Klagewege) zu bewirken, ehe sie den Beklagten mit diesen 1600 M. statt nur 600 M. belasten darf.

1) Vgl. dazu L. 6 D. de minor. 4,4 und Savigny, System VII S. 121.

Ein Anderes wäre es, wenn Frebel neuerdings dem Beklagten gegenüber den Empfang der 1600 M. anerkannt hätte, da hiedurch der Beklagte jetzt dasselbe erreicht hätte, was er bei richtiger Deklaration der Klägerin schon im Oktober 1892 gehabt hätte. Ein derartiges Anerkenntnis liegt jedoch nicht vor. Das angebliche Versprechen des Frebel, dem Beklagten, falls dieser verliere, den streitigen Betrag nebst Prozeßkosten zu ersetzen, ist nur ein bedingtes und die Bedingung kann nicht eintreten, da der Beklagte bei der gegenwärtigen Sachlage nicht verurteilt werden kann und diese Verurteilung auch nicht etwa mit Rücksicht auf ein solches Versprechen ausgesprochen werden darf. Das angebliche Versprechen des Frebel einem Geschäftsfreund der Klägerin gegenüber verpflichtet ihn dem Beklagten gegenüber nicht, wäre daher gleichfalls unerheblich. In dem Brief vom 1. Dezember 1894 hat aber Frebel sich keineswegs zur Uebernahme der 1000 M. verpflichtet, sondern im Gegenteil dem Beklagten den Rat gegeben, den Prozeß mit der Bank aufzugeben, wenn er ihn nur mit Hilfe seines Zeugnisses gewinnen könnte, da er dieses Zeugnis nicht gebe und daher dem Beklagten nicht helfen könne. Derselbe Sinn wird wohl auch dem Telegramm an den Anwalt des Beklagten, er solle den Prozeß zurücknehmen, unterlegen sein. Daß Frebel auch bei einer Zeugenvernehmung vor dem Gericht in Lüttich bei seinem bisherigen Verhalten beharren, den Empfang der 1600 M. nicht zugeben würde, ist klar, zudem hat Frebel sein Zeugnis über den Empfang der 1600 M. in zulässiger Weise (nach § 349 Ziff. 1 u. 2 CPO.) verweigert, weshalb schon darum der in letzter Linie gestellte Beweisantrag der Klägerin abzulehnen ist.

3. Nach dem Ausgeführten war unter Abänderung des erstrichterlichen Urteils die Klage auf Anerkennung der Belastung mit 1600 M. (statt 600 M.) für die Wertsendung vom 21. Oktober 1892 als jedenfalls zur Zeit unbegründet abzuweisen.

Urteil des II. Civilsenats vom 7. Februar 1895 i. S. Sandel gegen Heibronner Gewerbebank.

6.

Haftet, wenn bei Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft der eine Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat, der andere Gesellschafter ihm für den Eingang der Ausstände?

Bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft, die zwischen den Parteien bestanden hat, hat Beklagter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen. Die Geschäftsausstände waren mit 4180 M. eingesetzt. Gegenüber einer Klage des Klägers gegen den Beklagten auf Bezahlung eines bei Auflösung der Gesellschaft für ihn berechneten Guthabens, machte Beklagter im Weg der Aufrechnung eine Forderung gegen den Kläger geltend, die er darauf stützte, daß Kläger ihm für Eingang der übernommenen Geschäftsausstände hafte, diese aber in einem die Klageforderung übersteigenden Betrag nicht eingegangen seien. Diese Kompensationseinrede ist verworfen worden aus folgenden

Gründen:

Eine Haftung und Ersatzpflicht des Klägers für diese dem Beklagten entstandenen Verluste vermochte man nicht als dargethan anzunehmen.

Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen läßt sich die behauptete Haftung des Klägers, falls sie nicht von den Parteien vereinbart war, nicht ableiten.

Die Analogie der Eviktion trifft nicht zu; es handelt sich nicht um Haftung für die Existenz der Forderungen (nomen verum) oder für Entwehrung durch einen dritten Forderungsberechtigten, sondern um die Gewähr für die Einbringlichkeit (Güte) der Forderung. Mit der ersteren Haftpflicht wäre die letztere keineswegs schon gegeben.

Die Auseinandersetzung zwischen den Parteien wurde in der Weise bewirkt, daß der Beklagte das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernahm, während der Kläger mit dem Abrechnungsguthaben abzufinden war. Erblickt man in einer Vereinbarung, wodurch bei Auflösung der Gesellschaft ein Gesellschafter gegen

Abfindung des andern das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, eine kaufweise Uebertragung der einzelnen Vermögensstücke und Forderungen der Gesellschaft, so findet der für den Forderungskauf geltende Grundsatz Anwendung, daß der Cedent nicht für die Güte, sondern nur für die Existenz der Forderungen haftet [1]).

Wäre aber jene Auffassung unzulässig und vielmehr anzunehmen, daß es sich bei einem Rechtsgeschäft der angegebenen Art um Uebertragung des Komplexes der dem abgefundenen Gesellschafter zustehenden gesellschaftlichen Rechte auf den Geschäftsübernehmer einerseits und die Ausmittelung des dem ersteren zukommenden Wertes seines Gesellschaftsanteils andererseits handle [2]) — so bleibt der Erwerb der Forderungen doch immer ein entgeltlicher und greift auch hier die Regel Platz, daß für die Güte und Einbringlichkeit der übertragenen Forderungen nicht gehaftet wird [3]). Das Gleiche wäre der Fall bei Beurteilung des fraglichen Geschäfts als einer Teilung unter Gemeinschaftsgenossen oder aus dem Gesichtspunkt einer bei der Gesellschaftsliquidation vorgenommenen Naturalteilung [4]). Der von dem Berufungskläger aufgestellte Satz, daß „wenn ein Gesellschafter zur ziffermäßigen Abrechnung dem ausscheidenden socius gegenüber unter Uebernahme der Schulden die Ausstände zum vollen Betrag übernehme, d. h. rechnungsmäßig sich belaste, der Ausscheidende, falls die Ausstände nicht voll eingehen, auf Ersatz der Hälfte des Verlustes hafte," kann in dieser Allgemeinheit nicht für richtig gelten; namentlich geht aus der Einstellung der Ausstände zum vollen Betrag nicht ohne Weiteres die behauptete Haftung als eine Voraussetzung des Abkommens hervor. Es kommt bei Auseinandersetzungen zwischen

1) Windscheid, P. II § 336 Note 3. Dernburg, P. R. II § 52 S. 143.

2) Vgl. Entsch. des Reichsger. XXV Nr. 52 S. 252 cf. XXXI Nr. 9 S. 45 ff.

3) cf. Dernburg, a. a. O.

4) Puchelt, Komment. zum H.G.B. zu Art. 142 Note 5 S. 268. Motive zum Entwurf (I) des b. G.B. §§ 298 ff. S. 125, § 771 S. 887.

Gemeinschaftsgenossen — Gesellschaftsteilungen wie Erbteilungen[1]) häufig vor, daß ausstehende Forderungen zum Nominalbetrag in Rechnung genommen und zugeteilt werden ohne daß hiebei deren Eingang zur Voraussetzung des Geschäftes gemacht oder eine Haftung hierwegen übernommen wird; zumal wenn einer der Gesellschafter ein Handlungs- oder Fabrikgeschäft mit Aktiven und Passiven gegen Auskehrung des anderen socius übernimmt, ist letzteres keineswegs selbstverständlich, im Zweifel eher das Gegenteil anzunehmen: die Beteiligten lassen die Ausstände für vollwertig gelten, der Geschäftsübernehmer soll das Risiko der Ausstände übernehmen, wie ihm andererseits die in dem Geschäft steckenden Gewinn-Chancen überlassen werden.

Es kann sich sonach nur darum fragen, ob die Ersatzpflicht des Klägers durch die im vorliegenden Fall zwischen den Parteien getroffenen Abmachungen begründet worden ist (was sodann verneint wird).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 7. März 1895 i. S. Lendle gegen Drechsel.

7.

Erfordernisse der Klage eines Exportkommissionärs auf Bezahlung des aus dem Kommissionsverhältnis zu seinen Gunsten sich ergebenden Saldos.

Die Beklagte hat eine Anzahl ihrer in Stuttgart hergestellten Pianos nach Sidney versendet und daselbst verkaufen lassen. Es sind im Ganzen 3 Sendungen von je 10 Stück über Hamburg nach Sidney abgegangen. Die dritte Sendung liegt angeblich zur Zeit noch unverkauft in Sidney. Für diese Versendungen und Verkäufe ist Klägerin thätig gewesen, indem sie die Beklagte mit der Firma A. M. Merks & Co. in London in Verbindung gesetzt, die mit dieser letzteren von der Beklagten eingegangenen Konsignationsverträge über die fraglichen Sendungen vermittelt, Vorschüsse auf diese Sendungen geleistet, die

1) Vgl. Stein-Hohl, Erbrecht § 343 S. 363.

ihr von der Beklagten übersendeten Fakturen über diese Sendungen an die genannte Firma weiter gegeben, Verschiffungsanweisungen erteilt, die Waren von Stuttgart an ihren Spediteur in Hamburg beordert, von dort deren Transport nach Sidney eingeleitet und endlich nach erfolgtem Verkauf der Pianos die Verkaufsrechnungen über den Erlös an die Beklagte eingesandt hat; auch hat Klägerin für die Beklagte verschiedene Auslagen für Fracht und andere Unkosten gemacht, deren Erstattung sie jetzt nebst der ihr für ihre Bemühungen zugesagten 2½ % des Verkaufserlöses von der Beklagten beansprucht.

Klägerin hat ihre Auslagen und die ihr von der Beklagten oder für deren Rechnung hierauf gemachten Anschaffungen in einem Kontokorrent-Auszug zusammengestellt und fordert den Abrechnungsbetrag von 1759 M. Beklagte hat in Abrede gezogen, der Klägerin irgend etwas schuldig zu sein, weil sie Gegenforderungen in weit höherem Betrag an Klägerin zu machen habe, und hat schließlich geltend gemacht: Klägerin sei nach ihrem eigenen Vorbringen nicht im Stand, der Beklagten die Prüfung der Konnossemente zu ermöglichen, um etwaige Mängel derselben, welche die Erlangung des Besitzes der unverkauften Pianos verhindern könnten, zu rügen; da Klägerin nicht einmal angeben könne, in wessen Hand diese Pianos sich befinden und wer aus dem Konnossement auf ihre Herausgabe in Anspruch zu nehmen sei, sei die Beklagte nicht in den Stand gesetzt, in den Besitz ihrer Ware sich zu setzen; vorher könne aber auch Klägerin Zahlung ihrer Auslagen und Provision nicht fordern; schon aus diesem Grunde sei die Klage hinfällig und Beklagte bitte deshalb, sie aus diesem Grund ohne Weiteres abzuweisen. Das Berufungsgericht hat hierauf die Klägerin „mit ihrer Klage, so wie sie angebracht ist“, abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Klägerin, welche von der Beklagten nicht bloß als Vermittler (Mäkler), sondern als Exportkommissionär aufgestellt worden ist, hat, nach durchgeführtem Verkauf der 1. und 2. Sendung bei der behaupteten Mangelhaftigkeit und Unver-

käuflichkeit der 3. Sendung das Kommissionsverhältnis als beendigt erklärt, deshalb Schlußrechnung gestellt und das Ergebnis dieser Rechnung in dem Rechnungsauszug vom 17. Januar 1894 I als Kontokorrentsaldo aufgestellt und eingeklagt; sie hat deshalb der Beklagten, welche die Richtigkeit dieser Rechnung bestreitet und verschiedene Gegenforderungen gegen sie in Aufrechnung bringen will, die Richtigkeit ihrer Rechnung darzuthun und überhaupt über die Durchführung des ihr von der Beklagten aufgetragenen Geschäfts und des ihr daraus Zugeflossenen vollständige Auskunft zu geben; und insofern eine von der Beklagten verlangte Auskunft geeignet ist, weitere Gegenforderungen dieser letztern gegen die Klägerin zu begründen, und hiemit das Ergebnis der Abrechnung zu verändern, muß sie dieser Auskunftsverbindlichkeit nachkommen, ehe sie Befriedigung ihres Anspruchs verlangen kann, weil sie nicht einzelne Baarauslagen erstattet oder einzelne Provisionen auf ausgeführte Geschäfte entrichtet haben will, sondern jetzt, nachdem ihrer eigenen Darstellung gemäß das Kommissionsverhältnis beendigt, der Auftrag der Beklagten erledigt ist, das Gesamtergebnis des gegenseitigen Rechtsverhältnisses, wie es in der Schlußberechnung sich dargestellt, eingeklagt hat, diese Rechnung aber notwendig erst richtig gestellt sein muß, ehe eine Verurteilung des einen Vertragschließenden zur Zahlung des dem anderen nach dem Rechnungsabschluß zukommenden Ueberschusses ausgesprochen werden kann.

Wenn die Klägerin die ihr von der Beklagten ausgeantwortete 3. Sendung der Beklagten nicht zurückgeben oder deren Verbleib nicht nachweisen kann, können der Beklagten jedenfalls dann, wenn Klägerin die ihr in Absicht auf Ueberwachung und Bewachung dieser Sendung obliegende Sorgfalt versäumt haben sollte, Ersatzansprüche oder Zurückbehaltungsrechte gegen die Klägerin zustehen, deren Geltendmachung das eingeklagte Rechnungsergebnis wesentlich verändern, den der Klägerin zukommenden Ueberschuß vermindern oder aufheben oder die Verpflichtung zu Bezahlung desselben von einer Bedingung abhängig machen könnte; es muß deshalb der Beklagten das Recht zustehen, von

der Klägerin über den Verbleib jener Sendung nähere Auskunft zu verlangen und insolange als Klägerin dieses Verlangen nicht erfüllt hat, die Anerkennung der von der Klägerin aufgestellten Rechnung und die Bezahlung des hienach von ihr geforderten Saldo zu verweigern. Da aber Klägerin diese Auskunft — zwar nicht ausdrücklich verweigert, aber auch nicht gegeben noch für die nächste Zeit — mit Antrag auf Vertagung der mündlichen Verhandlung — in Aussicht gestellt hat, so war die Klagforderung auf Grund jener klagaufschiebenden Einwendung der Beklagten zur Zeit abzuweisen. (In Ziff. 1 wird nun zunächst dargelegt, daß Klägerin nicht bloß Vermittlerin zwecks Beschaffung eines Exportkommissionärs, sondern selbst Exportkommissionär der Beklagten gewesen sei. Sodann wird fortgefahren:)

2. Aus diesem generellen — jedenfalls die 3 ersten Sendungen umfassenden — Exportkommissionsverhältnis der Parteien ist Klägerin der Beklagten zur Rechnungslegung verpflichtet, und zwar, da Klägerin selbst die Besorgung weiterer Konsignationen der Beklagten nicht mehr übernehmen will und ihre Aufgabe nach Verkauf der beiden ersten Sendungen in Folge der angeblichen Unverkäuflichkeit und Unannehmbarkeit der 3. Sendung für erledigt ansieht, zur Ablegung der Schlußrechnung sowie zur Herausgabe des nach dieser sich etwa ergebenden Ueberschusses des Verkaufserlöses über die Vorschüsse und Unkosten und zur Rückgabe der zurückgewiesenen 3. Sendung an die Beklagte verpflichtet, wie diese andrerseits der Klägerin den etwa durch den Erlös nicht gedeckten Betrag ihrer Auslagen und Provisionsforderungen gegen Rückempfang jener Sendung zu bezahlen hat.

Die von der Klägerin in der Klagebegründung gegebene, in dem Kontokorrentauszug vom 17. Januar 1894 zusammengefaßte Schlußrechnung und deren Ergebnis hatte die Beklagte in voriger Instanz im Wesentlichen aus dem Grund bestritten, weil dasselbe ausgeglichen sei durch zwei größere Gegenforderungen der Beklagten; in dieser Instanz hat die Beklagte überdies (neben dem Einwand, daß mangels genauer Bezeichnung

und Vorlegung der Konossemente über die 3. Sendung die Klägerin ihrer Rückgabepflicht bezüglich dieser Sendung nicht genügt habe) die neue, aber prozessualisch noch zulässige Einwendung geltend gemacht, daß ihr die Klägerin über den Verbleib der 3. Sendung (und deren jetzigen Zustand) nähere Auskunft zu geben schuldig, und daß, ehe dies geschehen, sie zur Zahlung des Rechnungssaldo nicht verpflichtet sei. Diese Einwendung ist von ihr aus den von der Klägerin selbst vorgetragenen und bisher festgestellten Thatsachen begründet, während die beiden Kompensationsforderungen bezüglich der bestrittenen Mustermäßigkeit der Pianos und ihrer Verkäuflichkeit zum Limitopreise ein weitaussehendes Beweisverfahren nötig machen; im Hinblick hierauf hat die Beklagte beantragt, die Klage auf Grund dieser letzterwähnten Einwendung „ohne Weiteres" abzuweisen, also: ohne den bezüglich der Kompensationsforderung angetretenen Beweis und Gegenbeweis einzuziehen; sie hat hiemit, obwohl ihr nicht entgangen sein kann, daß die zuletzterwähnte Einrede nur klagaufschiebende Wirkung haben kann, erklärt, daß sie diese Einrede in 1. Linie geltend mache, und nur für den Fall, daß diese verworfen werden sollte, Entscheidung über ihre Kompensationsforderung verlange.

Diese Einrede aber ist begründet.

Da die Klägerin die 3. Sendung, mit Erteilung der Verschiffungsweisung vom 28. Januar 1893 und der Befolgung dieser Weisung seitens der Beklagten, in Spedition übernommen hat, ist sie auch dann, wenn deren vertragswidrige Beschaffenheit oder die Unerreichbarkeit des Limito feststünde, zur Auskunft darüber verpflichtet, in wessen Besitz dieselbe gelangt sei und sie sich jetzt befinde, um der Beklagten als Eigentümerin und Kommittentin zu ermöglichen, sich über deren Zustand zu unterrichten und aus etwaigen Versäumnissen der der Klägerin als Exportkommissionär in dieser Hinsicht obliegenden Verbindlichkeiten Ersatzforderung gegen sie geltend zu machen, um gegebenenfalls auch durch sie die Saldoforderung der Klägerin zu vermindern oder aufzuheben. Bevor diese Auskunft erteilt und danach festgestellt ist, daß Klägerin Alles was ihr bezüglich der

3. Sendung vorzukehren oblag, gethan habe, kann das Exportkommissionsverhältnis nicht für beendigt, das Rechnungsergebnis nicht als festgestellt und demnach auch der Anspruch der Klägerin auf Leistung desselben noch nicht als fällig erachtet werden. Klägerin war somit verpflichtet, die fragliche Auskunft, wenn nicht schon, behufs Darlegung des gesamten gegenseitigen Rechtsverhältnisses der Parteien, mit der Begründung ihrer Klage, doch jedenfalls auf die bezügliche Einwendung der Beklagten hin im vorliegenden Verfahren zu erteilen, sie hat sie aber, ohne einen rechtfertigenden Grund dafür anzuführen, nicht erteilt, sie war deshalb mit ihrer Klage, insolange als dies nicht geschehen, abzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. März 1895 i. S. Meyerstein gegen Ramsperger u. Cie.

8.

Fortdauer der Haftung eines Bürgen, der sich für die Verbindlichkeiten eines Wirtschaftspächters gegen den Verpächter und Bierlieferanten verbürgt hat, wenn an Stelle des verstorbenen Wirtschaftspächters dessen Ehefrau getreten ist?

Die klagende Brauereigesellschaft hat durch Vertrag vom 4. Mai 1891 an den Gastwirt F. B. und dessen Ehefrau Gastwirtschaftslokalitäten mit der Verpflichtung zur Bierabnahme verpachtet, auch durch besonderen Vertrag vom 2. Juni 1891 die obere Wohnung in diesem Haus vermietet. Durch Vertrag vom 14. Juni 1891 hat sich der Beklagte für alle aus diesem Mietvertrag des B. vom 4. Mai 1891 entstehenden Verbindlichkeiten als Selbstschuldner verbürgt.

Am 17. Juni 1893 ist B. gestorben; sein Nachlaß war überschuldet, die Erbschaft wurde von der Witwe und den Kindern ausgeschlagen, auch hat die Witwe die weiblichen Freiheiten angerufen. Auf Gesuch der Witwe B. vom 20. Juli 1893 hat dieselbe durch Beschluß der K. Stadtdirektion Stuttgart vom 9. August 1893 die Erlaubnis erhalten, gemäß § 46 der Reichs-

Gewerbe-Ordnung die Gastwirtschafts-Konzession ihres verstorbenen Ehemanns während ihres Witwenstands auf ihre eigene Rechnung ausüben zu dürfen, und es hat dieselbe auf dem betreffenden Haus das Pacht- und Bierabnahmeverhältnis mit der Klägerin bis zum 11. November 1894, auf welchen Termin ihr die Klägerin gekündigt hatte, fortgesetzt.

Die Klägerin macht nun für verschiedene Forderungen an die Witwe B., insbesondere den rückständigen Pachtzins vom 1. Juli 1894 bis 11. November 1894, den Beklagten als Bürgen haftbar in Gesamthöhe von 1262 M. 96 Pfg. Das Gericht erster Instanz hat die Klage abgewiesen, weil das ursprüngliche Pachtverhältnis mit dem Tod des Ehemanns B. im Juli 1893 und damit auch die Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten aufgehört habe und aus jenem Pachverhältnis keine Forderungen mehr bestehen. Die Berufung der Klägerin ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Der Beklagte hat sich in der Urkunde vom 14. Juni 1891 „für alle aus dem Mietvertrag des Herrn F. B. der Tivolibrauerei entstehenden Verbindlichkeiten“ als Bürge haftbar gemacht. Es entsprach diese Bürgschaftsübernahme dem § 16 des Mietvertrags vom 4. Mai 1891, wonach „Herr B.“ für alle aus diesem Vertrag entspringenden Verbindlichkeiten einen zahlungsfähigen Bürgen zu stellen hatte.

Zu den Verbindlichkeiten aus dem „Mietvertrag“ gehört unbestritten neben der Zahlung des Mietzinses und den sonstigen Verpflichtungen des Mieters auch die aus § 15 des Vertrags hervorgehende Verpflichtung zur monatlichen Zahlung der Bierlieferungen der Klägerin. Diese Kreditbürgschaft, womit der Beklagte die Haftung für alle künftigen Verbindlichkeiten aus dem durch den Miet- und Bierabnahmevertrag begründeten Geschäftsverhältnis übernommen hat, wurde weder zeitlich noch der Höhe nach beschränkt; die Dauer und der Umfang der Haftung daraus sind daher, da eine Kündigung der Bürgschaft nicht in Frage steht, abhängig von der Dauer jenes Geschäftsverhältnisses, dessen Natur zunächst festzustellen ist.

Der Mietvertrag vom 4. Mai 1891 bezog sich lediglich auf die Ueberlassung von Wirtschaftsräumen nebst der Mobiliareinrichtung zum Betrieb einer Schank- und Gastwirtschaft (über die Familienwohnung wurde ein besonderer Vertrag geschlossen) und damit wurde ein Bierabnahmevertrag über das in dieser Wirtschaft auszuschenkende Bier verbunden. Das Wirtschaftsgewerbe, welches demnach der Vertrag vom 4. Mai 1891 zur Voraussetzung hatte und zu dessen Führung derselbe geschlossen wurde, hat aber — allerdings für die eheliche Errungenschaftsgesellschaft — allein der Ehemann B. betrieben; dieser besaß allein die dazu nötige Wirtschaftskonzession; er war allein berechtigt, auf seinen Namen die Wirtschaft zu führen. Ob dabei die Ehefrau B. thatsächlich die Wirtschaft besorgte, die Hauptthätigkeit darin entwickelte und ob das was die Klägerin über die Lebensführung des Ehemanns B. vorträgt, richtig ist, hat rechtlich keinen Belang; sie blieb immer nur die Gehilfin in dem von ihrem Ehemann betriebenen Wirtschaftsgewerbe. Das der Vermietung der Wirtschaftslokale und der Lieferung des Biers unterliegende Geschäftsverhältnis bestand daher zwischen der Klägerin und dem Ehemann B. und wenn dessen Ehefrau in den Mietvertrag unter Benützung des üblichen Formulars als Mitkontrahentin aufgeführt wurde und den Vertrag mitunterschrieb, so hat sie dies nur in ihrer Eigenschaft als Ehefrau gethan und hat sie damit nur die ausdrückliche Mithaftung für die Sozialschulden aus dem in ehelichem Nutzen von ihrem Mann betriebenen Wirtschaftsgewerbe übernommen, was für die spätere Anrufung der weiblichen Freiheiten von Bedeutung war.

Es hatte daher auch die mit Urkunde vom 14. Juni 1891 übernommene Bürgschaft des Beklagten lediglich auf das von dem Ehemann B. in dem Gasthaus zum roten Ochsen betriebene Wirtschaftsgewerbe, zu dessen Führung der in der Urkunde genannte Mietvertrag vom 4. Mai 1891 geschlossen worden war, und auf die aus dem Betrieb dieser Wirtschaft und aus der zwischen dem Ehemann B. und der Tivolibrauerei bestehenden Geschäftsverbindung entspringenden Sozialschulden Bezug, wobei für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen die Neben-

haftung der Frau B. als Ehefrau und Sozialschuldnerin nicht in Betracht kam.

Dieses Geschäftsverhältnis des Ehemanns B. mit der Klägerin hat aber mit dessen Tod sein Ende gefunden. Zwar hat die Witwe B. nach dem Tod ihres Manns nicht eine neue Konzession erworben und also auch im Sinne der Gewerbeordnung kein neues Wirtschaftsgewerbe begonnen, sondern es wurde ihr gestattet, gemäß § 46 Reichs-G.-O. mit der Konzession ihres Ehemanns und als dessen „Stellvertreter" während ihres Witwenstands das Wirtschaftsgewerbe fortzusetzen. Allein dies geschah von nun ab auf eigene Rechnung der Witwe B. (§ 46 des Gesetzes und Beschluß der Stadtdirektion); während sie früher nur als Ehefrau für die Schulden ihres Mannes aus dessen Geschäftsverhältnis mit der Klägerin zur Hälfte mithaftete, wurde sie von nun an die alleinige Schuldnerin der Klägerin. Damit hat sich auch das Geschäftsverhältnis mit der Klägerin von Grund aus geändert; an Stelle des verstorbenen Ehemanns B. war dessen Witwe, auf deren Rechnung jetzt die Wirtschaft gieng, getreten.

Daß dazu der Abschluß eines neuen Pacht- und Bierabnahmevertrags nötig war, hat schon der erste Richter mit zutreffenden Gründen ausgeführt. Der bisherige Vertrag hatte allein den Wirtschaftsbetrieb des Ehemanns zum Gegenstand und zur Voraussetzung: die Person des Inhabers eines Wirtschaftsgewerbes ist aber für die Frage der Vermietung der Wirtschaftslokale und der Bierlieferung, sowie für die Dauer dieses Verhältnisses von wesentlicher Bedeutung, so daß es einer neuen Verständigung bedarf, wenn das bisherige Pacht- und Bierabnahmeverhältnis nach dem Tod des Wirtschaftsinhabers auf einen neuen Inhaber, sei es auch nur dessen Witwe oder Erben, übergehen soll, wobei auch die auf Billigkeitsgründen beruhende gewerbegesetzliche Vergünstigung der Witwe, mit der Konzession ihres verstorbenen Ehemanns weiter wirtschaften zu dürfen, keinerlei Bedeutung hat.

Ob diese Verständigung über die Fortsetzung des seitherigen Pachtverhältnisses auf ausdrücklicher Vereinbarung beruhte oder

stillschweigend durch Belassung der Witwe in den Mieträumen und durch Fortlieferung des Biers erfolgte, ist für die fernere Haftung des Bürgen ohne Belang; auch im letzteren Fall hat die Erneuerung des Pachtverhältnisses, wie bei der stillschweigenden Fortsetzung eines zu Ende gegangenen gewöhnlichen Mietverhältnisses (bei der sog. relocatio tacita) [1]), die Endigung der Bürgschaft (für die Zukunft) zur Folge, wenn nicht auch diese Bürgschaft erneuert wurde oder von vornherein auch für dieses spätere Pachtverhältnis eingegangen war.

Letzteres ist Auslegungsfrage [2]), ist jedoch nach der Natur der Bürgschaftsverpflichtung im Zweifel zu verneinen. Denn eine Bürgschaft wird regelmäßig mit Rücksicht auf den Hauptschuldner und im Hinblick auf dessen Verhältnisse und Persönlichkeit eingegangen. Einen willkürlichen Wechsel in der Person des Schuldners braucht sich daher der Bürge nicht gefallen zu lassen, mag es sich um Verbürgung für eine einzelne Schuld oder für die Verbindlichkeiten aus einem fortdauernden Geschäftsverhältnis handeln. Selbst wenn das Vertragsverhältnis durch den Wechsel des Schuldners keine Aenderung erleiden sollte, ist daher die Zustimmung des Bürgen, wenn derselbe auch für den neuen Schuldner haften soll, erforderlich [3]) und dies gilt noch mehr, wenn, wie hier, der Wechsel des Schuldners zugleich eine Aenderung, Erneuerung des Vertrags- und Geschäftsverhältnisses zur Folge hat.

Daß nun aber der Beklagte nach dem Tod des Ehemanns B. bei der Fortführung der Wirtschaft durch dessen Witwe seine Bürgschaft auch für das neu beginnende Geschäftsverhältnis durch eine (ausdrückliche oder stillschweigende) weitere Willenserklärung erneuert hätte, ist von der Klägerin selbst nicht behauptet und die Behauptung derselben, daß Beklagter schon in dem ur-

1) Sintenis, Civilrecht II S. 663 Note 113. Seuffert, Pand. § 384 Ziff 5. Girtanner, Bürgschaft S. 388. Hasenbalg, Bürgschaft S. 244.

2) S die Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. II S. 660 vgl. I S. 197.

3) Wächter, Pand. II S. 511 vgl. S 466. Girtanner, S. 334. Hasenbalg S. 31 ff. Seuffert's Archiv I Nr. 168.

sprünglichen Bürgschaftsvertrag vom Juni 1891 die Haftung für dieses neue Pacht- und Geschäftsverhältnis mit der Ehefrau B. zum voraus auf sich genommen habe, ist als richtig nicht anzuerkennen.

Die Bürgschaftsurkunde vom 14. Juni 1891 bezieht sich ausschließlich auf den Mietvertrag des F. B. vom 4. Mai 1891 und also nur auf dessen Geschäftsverhältnis mit der Klägerin. Auch wenn (wie Klägerin unter Eideszuschiebung behauptet) die mündliche Beredung ganz allgemein dahin gegangen sein sollte, daß Beklagter sich verpflichte, für alle Ansprüche, welche die Klägerin gegen Herrn und Frau B. aus dem Rechtsverhältnis mit denselben jeweils zustehen, als Bürge zu haften, so hatte eben auch diese Beredung nur Bezug auf den Mietvertrag vom 4. Mai 1891 mit den B.'schen Eheleuten und auf das damit begründete Rechtsverhältnis, welches nach dem Ausgeführten nur den Wirtschaftsbetrieb des Ehemanns betraf. Daß aber (wie Klägerin weiter in I. Instanz behauptete) die Bürgschaft sich auf die ganze Zeit erstrecken sollte, während welcher die B.'schen Eheleute oder eines derselben die Wirtschaft zum roten Ochsen inne haben sollten, hat in der maßgebenden Bürgschaftsurkunde keinen Ausdruck gefunden, und ebensowenig, daß von Anfang an die Fortsetzung des Pachtverhältnisses durch die Ehefrau B. für den Fall des Todes ihres Ehemannes in Aussicht genommen worden sei und daß auch für diesen eventuellen Fall die Bürgschaft gelten solle. Ob der Beklagte die Bürgschaft „im Hinblick auf die Frau B." und durch dieselbe bestimmt übernommen hat, ändert als bloßes Motiv an dem Inhalt und dem Umfang der Bürgschaft nichts, wie es auch gleichgiltig ist, ob Beklagter, wenn ihm sei es bei Eingehung der Bürgschaft, sei es nach dem Tod des Ehemanns B. die Zumutung gemacht worden wäre, auch für den Wirtschaftsbetrieb der Ehefrau B. als Bürge einzustehen, diese Bürgschaft gleichfalls übernommen haben würde. Durch die Urkunde vom 14. Juni 1891 hat er eben nur die Haftung für die aus dem Geschäftsverkehr mit dem Ehemann B. entstehenden Verbindlichkeiten übernommen und zu einer Erneuerung und Er-

weiterung dieser Bürgschaft ist es auch in der Folge nicht gekommen.

Die Haftung des Beklagten beschränkt sich sonach auf die Verbindlichkeiten, welche noch aus dem Vertragsverhältnisse zwischen der Klägerin und dem mit seiner Ehefrau in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden F. B. herrühren; diese Haftung blieb bestehen, obwohl der Hauptschuldner keine Erben gefunden hat [1]).

(Es wird sodann ausgeführt, daß solche Verbindlichkeiten, für die der Beklagte noch zu haften hätte, nicht mehr bestehen).

Urteil des I. Civilsenats vom 28. Juni 1895 i. S. Tivolibrauerei gegen Schmidt.

9.

Ersatzpflicht einer obrigkeitlich genehmigten Straßenbahn-Unternehmung für den durch Hängenbleiben der Pferde in der Schienenlage auf öffentlichen Straßen bewirkten Schaden? [2])

Ein Pferd des Kaufmanns F. G. ist angeblich mit dem Huf in den Schienen der Schienenanlage der Beklagten, der Aktiengesellschaft Stuttgarter Straßenbahnen, in einer öffentlichen Straße Stuttgarts hängen geblieben und dadurch verletzt worden. Als Cessionar des F. G. hat Klägerin Ersatz des dem F. G. hiedurch erwachsenen Schadens von der Beklagten gefordert, indem sie die Klage auf die Bestimmungen der lex Aquilia stützte. Die Klage ist in beiden Instanzen abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Klägerin stützt die Klage darauf, daß durch das schuldhafte Verhalten der Beklagten, nämlich das Einlegen der Schienen in die öffentlichen Straßen, das Pferd des F. G. verletzt worden sei.

Es ist richtig, daß es zur Begründung des Anspruchs aus

1) l. 95 § 1 D. de sol. 46,3, l. 1 § 14 D. dep. 16,3. Girtanner, S. 85. Hasenbalg, S. 644. Dernburg, Pand. II § 82 Nr. 1.

2) Vgl. hiezu Seuffert's Archiv Bd. 41 Nr. 271.

dem Aquilischen Gesetz gehört, daß eine Beschädigung objektiv Folge eines bestimmten Thuns einer Person ist und diese Person den, wenn auch nur möglichen Eintritt einer Beschädigung der gedachten Art als Folge jenes Thuns vorausgesehen hat, bzw. bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt und Vorsicht hätte voraussehen müssen.

Allein dies genügt nicht, vielmehr muß das Thun der betreffenden Person ein objektiv rechtswidriges, der Schaden muß injuria zugefügt sein [1]).

Die objektive Rechtswidrigkeit des Thuns der Beklagten soll im vorliegenden Fall in der Errichtung bezw. dem Bestehenlassen der für den Pferdeverkehr gefährlichen Anlage nämlich dem Einlegen der Schienen in den Straßenkörper liegen.

Allein diese Annahme ist unzutreffend; denn die Beklagte hat nicht nur von der Stadtgemeinde Stuttgart, in deren Eigentum bezw. Verfügungsmacht, wie nicht zu bezweifeln ist, die Straßen stehen, als Eigentümerin bezw. Verfügungsberechtigten die Erlaubnis zum Einlegen der Schienen in den Straßenkörper erhalten, sondern es ist auch nicht bestritten, daß ihr damit zugleich von der zuständigen Polizeibehörde die Konzession dazu erteilt worden ist. Ebenso ist die Anlage seither von den höheren Polizeibehörden nicht beanstandet worden.

Die Beklagte hat mit Anlegung der Straßenbahn und der Einlegung der Schienen in die Straßen in keiner Weise in die Privatrechtssphäre eines Andern eingegriffen; sie hat nichts in das Eigentum Dritter immittiert und kein Eigentum Anderer beschädigt; sondern sie ist damit völlig in den Grenzen des Areals der öffentlichen Straßen geblieben.

Die öffentlichen Straßen dienen zum Gemeingebrauch Aller; der Gebrauch des Einen beschränkt den Gebrauch des Andern. Diese Konkurrenz Aller in Benützung der Straßen sachgemäß im Interesse des Gemeinwohls zu regeln, ist Sache der Straßenpolizeibehörden.

So schreibt auch Art 12 der württ. Bauordnung vor, die Ortsstraßen seien für den Verkehr offen zu halten; ob und wie

1) l. 2, l. 3, l. 5 § 1, l. 27 § 17, l. 28, l. 29 pr. und § 7 Dig. 8,2.

dieselben ohne Schaden für den Verkehr zu Privatzwecken benützt werden dürfen, hänge zunächst von dem Ermessen der Ortspolizeibehörde ab, welche diesfalls durch allgemeine Bestimmungen oder im einzelnen Fall Verfügung zu treffen habe. Mag hiebei auch nicht an die Benützung öffentlicher Straßen zu Anlegung von Privatstraßenbahnen gedacht worden sein, so fallen doch auch diese unter den Wortlaut des Artikels. Es ist deshalb zunächst Sache der Ortspolizeibehörde, im Weitern Sache der höheren Instanzen, darüber zu entscheiden, ob die Benützung einer öffentlichen Straße zu Anlegung einer Straßenbahn gestattet werden soll. Wird die Erlaubnis erteilt, so ist damit ausgedrückt, und an die Andern, welche die Straßen ebenfalls zu benützen haben, die Anforderung gestellt, daß diese das konzessionierte Unternehmen als gleichberechtigt zu betrachten haben, daß sie ihrerseits diese Benützungsweise und ihren Betrieb so einzurichten haben, daß sie mit dem Straßenbauunternehmen nicht kollidieren, und weder Schaden anrichten noch solchen erleiden und dies selbst dann, wenn dadurch die Interessen der andern Beteiligten geschädigt werden. Bei jeder Einführung eines neuen Verkehrsmittels werden auch neue Gefahren herbeigeführt. So wenig aber der Einzelne die Gefahren, die schon mit dem bisherigen Fuhrwerksverkehr verbunden waren, ignorieren durfte, ebensowenig darf dies einem neuen Verkehrsmittel gegenüber, wenn die Benützung der öffentlichen Straßen hiezu gestattet ist, geschehen. Vielmehr hat der Einzelne auch hier die erforderliche Sorgfalt anzuwenden, um sich vor Schaden zu bewahren. Sache der konzessionierenden Behörde aber ist es, durch geeignete Vorschriften die kollidierenden Interessen zu vermitteln. Die früheren Betriebe haben kein Vorrecht vor den später aufgekommenen und einer erlaubten Benützungsweise gegenüber kann nicht davon gesprochen werden, es liege eine durch die Schuld der Straßenbahn herbeigeführte Gefahr vor. Ist von der konzessionierenden Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit die Erlaubnis zu Errichtung eines Werks auf einem öffentlichen Platz erteilt worden, welches die Andern zu beschädigen geeignet ist, so haben diese ihre Maßnahmen darnach zu treffen, und der

geänderten Sachlage gegenüber selbst dafür zu sorgen, daß sie nicht beschädigt werden oder sie haben sich an die höhere Verwaltungsbehörde oder nach Umständen an den Verwaltungsrichter zu wenden, um eine Aenderung der ihnen nachteiligen Verfügung über die Benützungsweise der öffentlichen Straße herbeizuführen. Der Civilrichter dagegen ist nicht in der Lage, einer solchen Entscheidung als einer ungerechtfertigten entgegen zu treten. Selbst wenn dadurch die Interessen Einzelner zum Vorteil anderer in erheblicher Weise beschädigt und erstere in der Benützung der öffentlichen Straßen wesentlich beschränkt worden sein sollten, ist er dazu nicht berechtigt; denn der Einzelne hat kein Privatrecht auf die Benützung einer öffentlichen Straße überhaupt und ebensowenig auf die Benützung in einer bestimmten und insbesondere in der bisherigen Weise. Es kann darum auch nicht auf den verfassungsmäßigen Schutz der Privatrechte hingewiesen werden und es ist unzutreffend, zur Grundlage eines privatrechtlichen Entschädigungsanspruchs den Satz zu machen, es habe Jeder ein Recht auf den ordnungsmäßigen Gebrauch einer öffentlichen Straße. Auch steht dem Civilrichter nicht zu, indirekt die Entscheidung der zuständigen Polizeibehörde dadurch wirkungslos zu machen, daß er dasjenige, was diese innerhalb ihrer Zuständigkeit erlaubt hat, als unerlaubt und eine Schadensersatzpflicht begründend behandelt.

Dem wird entgegengehalten, die Stadtgemeinde Stuttgart als Eigentümerin der Straßen sei so wenig wie die Ortspolizeibehörde befugt, die Beklagte zu Eingriffen in die Rechtssphäre Anderer zu ermächtigen. Allein dies geschieht auch nicht und ist nicht geschehen, soweit es sich um die Privatrechtssphäre Anderer handelt. Die Polizeibehörde hat nur in die beiderseitige Benützungsweise der öffentlichen Straßen und das Recht, diese zu benützen, eingegriffen, und dieses Recht reguliert. Richten die übrigen Fuhrwerksbesitzer ihren Betrieb der durch die Konzessionierung der Straßenbahn geschaffenen Lage gemäß ein, so entsteht für sie durch das Vorhandensein der Rillen in den Schienen kein Schaden. Werden die Pferde mit Hufeisen ohne Stollen beschlagen, oder die Stollen entsprechend geformt, so

werden die Pferde in den Rillen nicht hängen bleiben und sich nicht auf diese Weise verletzen. Was bisher hinsichtlich des Hufbeschlags üblich war, ist noch nicht entscheidend. Es mag dies für die andern Fuhrwerksbesitzer nachteilig und belästigend sein, allein es ist dies nicht ein Eingriff in die Privatrechte Anderer, sondern es ist die Folge der von der zuständigen Behörde getroffenen Entscheidung über die Konzession und Anlage der Straßenbahn. Nur wenn ein Fuhrwerksbesitzer, obwohl er die Möglichkeit einer Verletzung seiner Pferde durch das Hängenbleiben in den Schienen kennt, die bisherige Betriebsweise nicht ändert, kann ein Schaden für die Pferde entstehen; dann aber beruht die Beschädigung auf seinem eigenen Handeln, indem er vorgezogen hat, das Risiko einer Beschädigung seiner Pferde auf sich zu nehmen, statt eine Aenderung in seinem Betrieb zu treffen, wie sie die durch die Einlegung der Schienen in den Straßenkörper geänderte Sachlage erforderte. Hat der Beschädigte in Kenntnis der Gefahr sich der beschädigenden Handlung ausgesetzt, so ist er nicht befugt, Schadensersatz zu verlangen; der Kausalzusammenhang zwischen der beschädigenden Handlung und dem Schaden ist dadurch unterbrochen [1]). Daß aber die Schienenanlage gewissen Fuhrbetrieben gefährlich werden könne, zeigte schon der Augenschein, insbesondere konnte dies einem Sachverständigen, der mit Fuhrwerken und Pferden umgieng, nicht entgehen. Es kamen auch derartige Unglücksfälle vor, welche öffentlich bekannt geworden sind.

Es wird nun weiter auf Grund von l. 2 § 10 Dig. 43,8 behauptet, wenn eine Anlage auf einem öffentlichen Platz gestattet werde, so sei stillschweigend vorbehalten, daß Niemand dadurch ein Schaden zugefügt werden dürfe. Allein diese Annahme kann da nicht Platz greifen, wo durch das konzessionierte Werk und die Art, wie es konzessioniert ist, selbst schon die Gefahr der Beschädigung Anderer gegeben ist, und wo der konzessionierenden Behörde die Art der Ausführung der Anlage und die damit verbundene Gefahr nicht verborgen bleiben konnte, vielmehr bekannt war, wo also die Anlage gerade in der Weise

1) S. l. 28 § 1 l. 11 pr. l. 31 Dig. 9,2.

gestattet wurde, wie sie ausgeführt worden ist. Aus diesen Gründen kann es sich auch nicht von Anwendung des Interdikts ne quid in loco publico fiat handeln. Hätte der Stuttgarter Straßenbahn eine Entschädigungspflicht der durch ihre Anlage Beschädigten aufgebürdet werden wollen, so wäre dies ausdrücklich in die Konzessionsbedingungen aufgenommen worden. Ein Punkt von dieser Tragweite, von welchem der Bestand des Unternehmens abhängen konnte, konnte nicht mit Stillschweigen übergangen werden.

Daß eine solche Bedingung gestellt worden sei, wird nicht behauptet, im Gegenteil geht die Klägerin selbst davon aus, daß dies nicht geschehen ist, denn sie sagt, es hätte die billige Rücksichtnahme der Stadtverwaltung auf ihre Einwohner und speziell auf die, pekuniär größtenteils nicht glänzend situierten, Fuhrwerksbesitzer erfordert, zur Voraussetzung der Konzessionserteilung vertragsmäßig die Schadloshaltung der in Folge der Anlage geschädigten Pferdeeigentümer durch die Beklagte zu machen, wie dies in andern Großstädten z. B. in Nürnberg der Fall gewesen sei.

Dadurch, daß dies nicht geschehen ist, daß vielmehr die Konzession ohne eine solche Bedingung erteilt wurde, ist nicht bloß die Festsetzung einer die Rechtsverfolgung für die Betroffenen erleichternden Bestimmung unterblieben, wie die Klägerin meint, sondern es ist die Sorge für die Sicherheit ihres Materials auf die Fuhrwerksbesitzer übertragen worden, denen es überlassen blieb, durch Veränderung ihres Betriebs solche Maßnahmen zu treffen, daß sie der ihnen bekannten Gefahr nicht ausgesetzt waren.

Sollten sie dadurch zu sehr benachteiligt sein, so hätte dies ein Grund sein können, die Konzession nicht, oder nur in beschränkter Weise zu erteilen, eine Schadensersatzpflicht kann aber daraus, daß die Beklagte die ihr gestattete Anlage der Konzession gemäß errichtet hat, nicht abgeleitet werden. Anders würde es sich verhalten, wenn die Schienenanlage konzessionswidrig vorgenommen worden wäre, wenn sich durch mangelhafte Unter-

haltung ein ordnungswidriger Zustand gebildet hätte, oder wenn die Gefahr eine nicht zu erkennende gewesen wäre.

Daß einer dieser Fälle vorgelegen sei, daß etwa die Beklagte den von der aufsichtführenden Behörde getroffenen Anordnungen nicht Folge geleistet hätte, wird nicht behauptet und es kann deshalb auch in der Beibehaltung des Harmann'schen Schienen-Systems keine Schuld der Beklagten gefunden werden, da nicht geltend gemacht werden kann, es sei der Beklagten die Auflage gemacht worden, ein anderes System einzuführen. Ebenso wenig ist vorgetragen worden, daß ein durch mangelhafte Unterhaltung herbeigeführter ordnungswidriger Zustand an der Verletzung Schuld gewesen sei. Deshalb paßt auch das von der Klägerin angeführte Beispiel, daß eine civilrechtliche Verantwortlichkeit begründet würde, wenn das aufgegrabene Straßenpflaster bei Nacht unbeleuchtet gelassen würde und dadurch ein Unglücksfall entstünde, hieher nicht.

Auf das Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 unter welches im Uebrigen auch die Pferdebahnen fallen, wird der Schadensersatzanspruch nicht gestützt und kann er nicht gestützt werden, da dieses Gesetz nur auf die Tödtung oder Verletzung eines Menschen Anwendung findet. Auch die Reichsgewerbeordnung § 26 spricht nur von solchen benachteiligenden Einwirkungen, welche von einem Grundstück aus auf ein benachbartes Grundstück geübt werden können.

Ein Rechtssatz aber, daß der Eigentümer eines gefährlichen Betriebs stets und ohne Rücksicht auf Schuld, für jede durch den Betrieb veranlaßte Beschädigung auch dann haften müßte, wenn die gefährliche Anlage von der zuständigen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit auf einem öffentlichen Platz, über dessen Benützung die Behörde zu bestimmen hat, genehmigt worden ist, besteht nicht, auch ist ausdrücklich nur aus dem Aquilischen Gesetz geklagt.

Urteil des I. Civilsenats vom 22. November 1895 i. S. der Stuttgarter Pferde-Versicherungs-Gesellschaft gegen die Aktiengesellschaft Stuttgarter Straßenbahnen.

10.

Eigenes Verschulden bei einer durch einen Fall auf einer unbeleuchteten Treppe erlittenen Körperverletzung.

Klägerin ist am 4. November 1894 nach Beendigung eines in der Liederhalle abgehaltenen Konzerts als sie während der auf das Konzert folgenden geselligen Unterhaltung den Abort aufsuchen wollte, auf einer in dieser Zeit nicht beleuchteten Treppe, die der Beklagte als Not-, Klägerin als Nebentreppe bezeichnet, zu Boden gefallen und hat hiebei einen Armbruch erlitten. Sie macht den Beklagten als Besitzer dieses Gebäudes für diesen Unfall deshalb verantwortlich, weil er für ordnungsmäßige Beleuchtung dieser Treppe zu sorgen gehabt hätte. Der Beklagte bestreitet, daß er für diesen Unfall zu haften habe, und macht weiter geltend, daß Klägerin diesen selbst verschuldet habe. Die Klage ist in beiden Instanzen abgewiesen worden, in zweiter Instanz aus folgenden, den näheren Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der Unterrichter hat in zutreffender Weise ausgeführt, daß der der Klägerin zugestoßene Unfall auf eigenes Verschulden derselben zurückzuführen sei.

Der Ausgang zu derjenigen Treppe, auf welcher Klägerin zu Fall gekommen ist, mag man dieselbe als Not- oder Nebentreppe zu betrachten haben, bildete nicht den regelmäßig vom Publikum benützten Ausgang des Konzertsaales, was der Klägerin nicht entgehen konnte; sie hätte daher, obwohl sie vor Beginn des Konzerts auf dieser Treppe in den Saal gelangt war, nicht ohne Weiteres durch Benützung dieses Ausgangs einen Versuch, den Abort aufzufinden, machen, sondern sich zunächst nach dem Weg zum letzteren erkundigen sollen. Hatte sie in der Absicht, sich auf den Abort zu begeben, ohne vorgängige Erkundigung den Konzertsaal durch die zu der bezeichneten Treppe führende, nicht den regelmäßigen Ausgang bildende Thüre verlassen, aber die Treppe nicht mehr beleuchtet gefunden, so konnte sie nicht

verkennen, daß dieselbe in diesem Zeitpunkte nicht mehr zum Verkehr bestimmt sei, und im dunkeln Zustande von ihr nicht ohne Gefahr benützt werden könne, zumal wenn sie diese Treppe erst ein einziges Mal passiert hatte, und mit der Oertlichkeit nicht vertraut war. Dieser Erwägung konnte sie sich selbst dann nicht verschließen, wenn sie zur Eile genötigt gewesen sein und auf dieser Treppe am schnellsten zum Ziele zu gelangen gehofft haben sollte. Sie hätte daher bei Anwendung der nötigen Vorsicht in den Konzertsaal zurückkehren und dort unter Benützung der von dem Publikum benützten Ausgänge ihren Zweck zu erreichen suchen sollen. Hat sie, statt diesen Weg einzuschlagen, durch Benützung der nicht erleuchteten Treppe sich einer in die Augen springenden Gefahr ausgesetzt, und ist sie hiebei in Folge der Dunkelheit zu Fall gekommen, so wird ihr Verhalten auch dann, wenn sie von einem dringenden Bedürfnisse getrieben war, nicht entschuldigt, ist vielmehr dieser ihr Unfall auf ihr eigenes Verschulden, dessen Folgen sie selbst zu tragen hat, zurückzuführen. Trifft sonach die vom Beklagten vorgeschützte Einrede des eigenen Verschuldens der Klägerin zu, so erscheint die Berufung der letzteren gegen das ihre Klage abweisende erstrichterliche Urteil, ohne daß es einer Entscheidung der Frage bedurfte, ob die Vertreter des Beklagten die Obliegenheit, fragliche Treppe in dem kritischen Zeitpunkte zu beleuchten, gehabt haben.

Urteil des I. Civilsenats vom 12. Juli 1895 i. S. Sutter gegen Stuttgarter Liederkranz.

11.

Zum Begriff des widerrechtlichen und schuldhaften Handelns im Sinne der lex Aquilia. Haftung für nicht vorherzusehende Folgen. Konkurrierendes Verschulden.

Der Beklagte hat in der Nacht vom 11. auf 12. November 1893 in Heidenheim die Klägerin, welche er in der Nähe seines Hauses auf der Straße betraf und welche ihm angeblich eines Diebstahls verdächtig erschien, eine Strecke von ungefähr 200 m

weit verfolgt und nachdem er sie eingeholt hatte, festgehalten, wobei die Klägerin zu Boden kam. Die Klägerin, die zu jener Zeit die Menstruation hatte, behauptet, daß sie in Folge jener Verfolgung und Mißhandlung, besonders in Folge des erlittenen Schreckens und der dadurch herbeigeführten plötzlichen Unterdrückung der Menstruation, krank geworden sei, eine schleichende Eierstocksentzündung bekommen habe, und verlangt Ersatz des durch diese Krankheit schon entstandenen und künftig noch entstehenden Schadens. Der Klage ist in beiden Instanzen stattgegeben worden. In den

Gründen:

des Berufungsurteils wird zunächst ausgeführt, daß der Beklagte die Klägerin verfolgt, festgehalten und zu Boden geworfen habe und sodann fortgefahren:

Wenn dieses Verfolgen, Festhalten und Hinwerfen der Klägerin eine mit Vermögensnachteil verbundene körperliche Beschädigung zur Folge hatte, so hat hiefür der Beklagte nach den Grundsätzen des aquilischen Gesetzes einzutreten, außer wenn ihm zu diesem Eingriff in die persönliche Bewegungsfreiheit und Unversehrtheit der Klägerin ein in der Rechtsordnung gegebener besonderer Rechtfertigungsgrund zur Seite stünde oder ihm dieses, wenn gleich widerrechtliche, Verhalten nicht zur Schuld zuzurechnen wäre, also keine injuria oder keine culpa vorläge.

Der Beklagte macht beides geltend. Zunächst behauptet er, er habe bei dem Verfolgen und Festhalten der Klägerin geglaubt, einen flüchtigen Dieb vor sich zu haben, dem die etwa gestohlene Sache wieder abzunehmen und dessen Persönlichkeit festzustellen er ein Recht gehabt habe.

Allein es steht fest, daß die Klägerin in jener Nacht nichts Unrechtes gethan hat, daß sie vielmehr von der Wohnung des Schullehrers kam, dessen Kinder sie beaufsichtigt hatte, zu ihrer Dienstherrschaft zurückkehren wollte, daß also jener angebliche Verdacht des Beklagten thatsächlich nicht begründet war. Damit ist auch die objektive Rechtswidrigkeit des Vorgehens des Beklagten festgestellt. Es war weder eine strafbare Handlung begangen, bei welcher die Klägerin „auf frischer That“

betroffen oder verfolgt worden wäre (St.P.O. § 127 Abs. 1), noch lag ein gegenwärtiger rechtswidriger Eingriff in die Rechtssphäre des Beklagten oder eines Andern vor, gegen welchen der Beklagte sich zu verteidigen gehabt hätte (Notwehr gegen einen flüchtigen Dieb), noch hatte Beklagter gegen die Klägerin einen zu schützenden Anspruch, den er ausnahmsweise im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen befugt gewesen wäre [1]).

Die in diesen Fällen vom Gesetz zugegebene Berechtigung, gegen einen Dritten vorzugehen, beurteilt sich keineswegs nach der subjektiven Auffassung des Handelnden, sondern lediglich nach dem objektiven Vorliegen des gesetzlichen Thatbestands; fehlt dieser, wie hier, so bleibt das Handeln ein objektiv rechtswidriges, mag der Handelnde auch noch so sehr in gutem Glauben gewesen sein und sein Vorgehen für gesetzlich berechtigt gehalten haben. Der gute Glauben, der Irrtum des Handelnden kann vielmehr nur dazu führen, einen Schuldausschließungsgrund abzugeben, den Mangel eines Verschuldens anzunehmen.

Das jetzige Vorbringen des Beklagten, auch wenn die Klägerin nichts Unrechtes gethan habe, so sei sein Vorgehen gegen dieselbe doch nicht objektiv rechtswidrig gewesen, weil er auf den bloßen nach den Umständen gerechtfertigten Verdacht hin das Recht gehabt habe, die Klägerin festzuhalten, ist somit als richtig nicht anzuerkennen, da, wie die Notwehr einen wirklichen, nicht bloß vermeintlichen Angriff zur begrifflichen Bedingung hat, so auch das Recht zur Verfolgung gemäß § 127,1 St.P.O. (sei es zwecks Festnahme des Verfolgten, sei es auch nur zwecks Feststellung von dessen Persönlichkeit) die vorgängige Verübung einer strafbaren Handlung voraussetzt und die irrtümliche Annahme, daß dies zutreffe, den fehlenden Thatbestand nicht zu ersetzen vermag, sondern nur für die Frage der Verschuldung, der subjektiven Zurechnung von Bedeutung ist.

Nach dem dem aquilischen Gesetz zu Grunde liegenden Verschuldungsprinzip ist jedoch für die Haftung des Beklagten außer

1) **Wächter**, Württ. Privatrecht II, S. 406 f.; Selbsthilfe gegen einen flüchtigen Dieb nach Beendigung des Angriffs s. **Liszt**, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl. S. 120 Note 5.

der Widerrechtlichkeit seines Handelns weiter erforderlich, daß ihm dasselbe zuzurechnen sei, zur Schuld gereiche. Ein Verschulden ist insbesondere ausgeschlossen, wenn der Thäter in einem entschuldbaren Irrtum über die Berechtigung zu seiner Handlung, über das Vorliegen eines die Rechtswidrigkeit ausschließenden Thatumstands gewesen ist [1]). Der gute Glaube über das Vorhandensein einer solchen Berechtigung nützt jedoch, wenn, wie nach dem aquilischen Gesetz, für jedes Verschulden zu haften ist, dann nichts, wenn der betreffende Irrtum auf einer Fahrlässigkeit beruht, weil eben dann die in diesem fahrlässigen Irrtum begangene Handlung zu einer fahrlässigen wird [2]). Um die Verantwortung des Beklagten auszuschließen, genügt es daher nicht, wenn er des guten Glaubens war, einen flüchtigen Dieb vor sich zu haben, sondern es müssen weiter die Umstände so gelegen sein, daß er selbst bei Anwendung der von einem sorgsamen Hausvater zu erwartenden Vorsicht und Besonnenheit jenes guten Glaubens gewesen sein dürfte.

Wenn es nun auch nicht sehr glaubhaft erscheint, daß der Beklagte — wie er vorgiebt — mit Rücksicht auf den einige Zeit vorher bei seinem Hausbewohner Dr. M. verübten geringfügigen Gelegenheits-Diebstahl in jener Nacht von einer Museumsgesellschaft in der Traube „vorübergehend" nach Hause gegangen sei, um (bei 5° Kälte) auf das Wiederkommen des Diebes zu warten, so kann dem Beklagten doch nicht verworfen werden, daß ihm, als er, sei es auch aus anderer Veranlassung, vor seinem Hause stand und hiebei die Klägerin in dunkler Nacht anscheinend von seinem Hause her davon eilen sah, in der Erinnerung an den kurz vorher in seinem Hause verübten Dieb-

1) L. 3 § 4 D. de inj. 47,10. L. 46 § 7 D. de furtis 47,2. Windscheid, Pand. II § 455 zu Note 13. Seuffert, Pand. § 100 Ziff. 1. Pernice, Zur Lehre von der Sachbeschädigung, S. 194. Stölzel, im Archiv für civ. Praxis, Bd. 39 S. 67 f. Seuffert, Archiv, Bd. 32 Nr. 237. Entw. eines bürg. Gesetzb. 1. Lesung § 707 (mit Motiven II S. 731), welcher § in der 2. Lesung nur deshalb gestrichen wurde, weil er eine selbstverständliche Folgerung aus dem angenommenen Verschuldungsprinzip sei.

2) Seuffert, Archiv, Bd. 32 N. 237. Motive zu § 707 a. a. O.

stahl plötzlich der Gedanke kam, es könnte hier wieder ein Diebstahl begangen oder versucht worden sein. Dafür, daß er in diesem Gedanken (und nicht etwa in unsittlicher Absicht, welche auch die Klägerin nicht behaupten will) der Klägerin nachsetzte, spricht besonders sein lautes Haltrufen, das Nichtabstehen trotz des „fürchterlichen" Geschreis der Klägerin und die Art seines Vorhalts an dieselbe nach deren Einholen.

Allein dieses Vorgehen des Beklagten war, wie der Unterrichter mit Recht angenommen hat, zum Mindesten ein voreiliges und darum fahrlässiges. Um so wie geschehen die Klägerin zu verfolgen, ihr eine so lange Strecke nachzusetzen und sie dann in gewaltthätiger Weise anzupacken und hinzuwerfen, lag ein genügender Anlaß überall nicht vor. Es war gegen 12 Uhr nachts, dunkel, die Klägerin ohne Laterne, das alleinige Verweilen einer Frauensperson um diese Zeit auf der Straße an sich auffällig, ebenso das eilige Gehen in der Richtung von der Straßenseite, an welcher das Haus des Beklagten gelegen war. Dieses anscheinend verdächtige Benehmen der Klägerin und der Gedanke an einen Zusammenhang mit dem früheren Diebstahl mochte für den Beklagten Grund gewesen sein, der Klägerin Halt zuzurufen, sie zu stellen und über ihr Kommen und Gehen auszufragen. Damit wäre die Klägerin nicht gefährdet und geschädigt gewesen. Allein nachdem die Klägerin auf den Haltruf nicht stehen blieb, sondern davon sprang, war ein Verfolgen derselben in der vom Beklagten beliebten Art durch jene ganz allgemeinen und vagen Verdachtsgründe keineswegs gerechtfertigt. Der Beklagte hat keinerlei Wahrnehmung darüber gemacht, daß die von ihm gesehene Person, die Klägerin, in der That von oder aus seinem Haus herkomme. Die Klägerin hatte ja auch schon bei dem durch einen Hof oder eine Einfahrt getrennten Haus des Fabrikanten S. den Bürgersteig dieser Straßenseite verlassen und sich gegen die gegenüber liegende Straßenecke gewendet. Daß Beklagter kurz zuvor im Innern seines Hauses „Bewegungen zu vernehmen geglaubt" habe, ist eine unerwiesene Prozeßbehauptung desselben. Bei einiger Besonnenheit hätte Beklagter sich daher sagen müssen, daß er irgend welchen greif-

baren Verdachtsgrund gegen die davoneilende Person nicht habe, und dies hätte ihn von einer Verfolgung abhalten sollen. Jedenfalls aber mußte er, nachdem die von ihm verfolgte Person „lang und furchtbar“ um Hilfe zu schreien anfieng, sofort stutzig werden und auf den Gedanken kommen, daß er sich doch wohl getäuscht haben, daß diese um Hilfe rufende Person nicht wohl eine Diebin sein könne. Wenn er trotzdem die Verfolgung fortsetzte, die Klägerin anhielt und sogar zu Boden warf, so that er dies auf seine Gefahr; bei Anwendung der vom Gesetz gebotenen Vorsicht hätte er es unterlassen müssen; sein Verhalten war daher ein fahrlässiges und schuldhaftes. (Weiter wird ausgeführt, daß das rechtswidrige und schuldhafte Vorgehen des Beklagten die Krankheit der Klägerin zur Folge gehabt habe, und sodann bemerkt:)

Auch der Einwand des Beklagten, daß selbst wenn die Krankheit der Klägerin der Einwirkung des Schreckens auf die menstruierende Klägerin zuzuschreiben sei, dies ihm nicht zur Schuld gereichen könne, da er bei größter Vorsicht einen solchen Zustand der Klägerin nicht habe ahnen können, erscheint nicht stichhaltig. Denn es liegt hier nicht eine Handlung vor, welche nur mit Rücksicht auf die Vorhersehbarkeit des schädlichen Erfolgs eine schuldhafte ist, sondern der Beklagte hat unmittelbar einen unbefugten Eingriff in die Rechtssphäre, die Freiheit und körperliche Integrität der Klägerin gemacht, welcher Eingriff, wie dargelegt worden, ein schuldhafter, fahrlässiger war.

Für die Folgen eines solchen schuldhaften direkten Eingriffs in die persönlichen Rechte eines Nebenmenschen hat man stets zu haften, ohne Rücksicht darauf, ob die Entstehung des Schadens vorauszusehen war oder nicht. Uebrigens hat der erste Richter mit Recht angenommen, daß der Beklagte sich der möglichen schädlichen Folgen jenes Handels (durch einen Sturz, durch Einwirkung des Schreckens, der Erhitzung) bewußt sein mußte. Ließ sich aber eine nachteilige Folge überhaupt voraussehen, so ist dem Thäter auch die wirklich eingetretene nachteilige Folge zur Schuld zuzurechnen, gleichgiltig ob er gerade diese Folge vorausgesehen hat oder nicht. Es ist daher unerheblich, daß

der Beklagte, wie ihm zu glauben, nicht daran denken konnte, daß die von ihm verfolgte Klägerin menstruiere und deshalb für die Einwirkung des Schreckens besonders empfindlich sei.

Von einem die Verantwortung des Beklagten ausschließenden konkurrierenden Verschulden der Klägerin kann endlich keine Rede sein. Daß dieselbe bei der späten Stunde sich beeilte, nach Hause zu kommen, war natürlich und ebenso begreiflich war es, daß sie dem von ihr zu vermutenden unsittlichen Angriff eines ihr unbekannten Mannes durch schleunigste Flucht sich zu entziehen suchte. Dieses Verhalten der Klägerin hätte vielmehr nur, weil dem Beklagten von seinem Standpunkt aus verdächtig erscheinend, einen Grund dafür abgeben können, dessen Verschulden auszuschließen, einen entschuldbaren Irrtum auf dessen Seite annehmen zu lassen, was jedoch nach dem oben Ausgeführten zu verneinen war.

Ebensowenig läge ein Selbstverschulden der Klägerin an der Erkältung, falls eine solche die Krankheit mit verursacht haben sollte, vor, da das Verweilen der Klägerin auf der Straße nach dem Vorfall, um diesen dem dazu gekommenen Zeugen K. und dem Polizeiwachtmeister zu erzählen und um sodann den Hausschlüssel zu holen, nicht fahrlässig war.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 4. April 1895 i. S. Stuber gegen Weihbrecht.

12.

Erbeinsetzung.

Der verstorbene G. Sch. von O. hinterließ als gesetzliche Erben seine Witwe, seinen Vater und vier vollbürtige Geschwister. In einem schriftlichen, von sieben Zeugen errichteten, von Gerichtsnotar E. verfaßten Testament hatte er bestimmt:

I. „Zum Alleinerben meines Vermögens setze ich ein
meine I. Frau C. geb. A.

Wegen meines Vaters siehe Z. II.

II. Vermächtnisse setze ich aus

1. dem Vater J. Sch. —.·. 200 M. — Zweihundert Mark oder statt derselben den gesetzlichen Pflichtteil nach seiner Wahl".

Unter Ziff. 2—6 folgen Legate an die Geschwister und einen halbbürtigen Bruder mit dem Anfügen:

„wenn einer der zu Ziffer 2—6 benannten Legatare den Legatanfall nicht erleben sollte, erhalten seine Nachkommen I. Grades den seinem Elternteil ausgesetzten Betrag nach Kopfteilen".

Dann ist die Aussetzung weiterer Vermächtnisse (in Testamentszetteln) vorbehalten und in Ziff. III die Kodizillarklausel beigesetzt.

Der Vater des G. Sch. focht das Testament als hinsichtlich der Erbeinsetzung nichtig an, weil er nicht als Erbe eingesetzt sei. Die Klage ist in zweiter Instanz abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Daran besteht kein Zweifel, daß dem Kläger J. Sch. als dem ehelichen leiblichen Vater des G. Sch. nach dem bei uns geltenden Gesetz ein formelles Noterbrecht gegenüber dem Sohn zukam, vermöge dessen er von dem letzteren entweder rechtsgiltig zum Erben eingesetzt oder in der hiefür bestimmten Weise, unter Anführung einer gesetzlichen Enterbungsursache, ausgeschlossen werden mußte und daß, wenn weder das eine noch das andere geschehen ist, der Noterbe als präteriert gilt und daß als Folge hievon die Nichtigkeit der im Testament enthaltenen Erbeinsetzung und demgemäß die Intestaterbfolge einzutreten hätte. Dieses formelle Noterbrecht wird durch jede (direkte) Erbeinsetzung, wenn sie nur auf irgend einen Teil der Erbschaft oder auch auf eine bestimmte Sache erfolgte, gewahrt, wogegen demselben nicht genügt ist sofern der Noterbe lediglich mit einem Vermächtnisse, sei es auch im Betrag des gesetzlichen Pflichtteils bedacht wurde [1]).

Im vorliegenden Fall ist der Vater J. Sch. in dem Testa-

1) Württ. Archiv 8 S. 127; 13 S. 428; 22 S. 371. Seuffert, Archiv, Bd. 32 Nr. 62.

ment nicht enterbt; es kommt also darauf an, ob er gehörig instituiert ist. Der Wortlaut des von G. Sch. errichteten Testaments scheint nun allerdings, wenn man die Verfügungen im ersten Satz der Ziff. I und in Ziffer II 1 je für sich betrachtet, für die vom vorigen Richter gebilligte Auslegung der Kläger zu sprechen, daß J. Sch. nicht zum Erben eingesetzt sondern nur ein Vermächtnis von 200 M. (nach seiner Wahl in Höhe seines Pflichtteils) ihm zugewendet sei. Denn es hat der Testierer in Ziff. I seine Ehefrau „zum Alleinerben seines Vermögens" eingesetzt, in Ziff. II sodann „Vermächtnisse" ausgesetzt und hierunter dem Vater —·. 200 M. oder statt derselben den gesetzlichen Pflichtteil nach seiner Wahl. Durch die ausdrückliche Ernennung der Ehefrau zur Alleinerbin wäre dem gewöhnlichen und juristischen Wortsinn nach diese zur alleinigen Gesamtnachfolgerin in die Vermögensverhältnisse des Erblassers berufen, die Miterbfolge eines Anderen aber ausgeschlossen. Und mit der Einreihung der zu Gunsten des Vaters getroffenen Verfügung unter die ausdrücklich als Vermächtnisse benannten Zuwendungen scheint auch diejenige des Pflichtteils als Vermächtnis gekenntzeichnet zu sein.

Indessen ist von vornherein ins Auge zu fassen, daß die Bestimmungen in Ziff. I Satz 1 und II 1 nicht allein und unvermittelt dastehen, daß vielmehr durch den Beisatz in Ziff. I: „Wegen meines Vaters siehe Z. II" die Aussetzung des Pflichtteils für den Vater zu der von der Erbeinsetzung handelnden Ziff. I in eine gewisse Beziehung gebracht ist. Diese Verbindung und der Zusammenhang der beiderseitigen Verfügungen sind für Auslegung derselben von erheblichem Gewicht und gestatten es nicht, die Wortfassung und Wortstellung je nur für den einen und den andern Abschnitt gesondert in Betracht zu ziehen. Da sodann, wie zu zeigen sein wird, die wegen des väterlichen Pflichtteils getroffene Disposition sich schon nach dem wörtlichen Ausdruck als Erbeinsetzung auffassen läßt, hiermit aber die Bedeutung der Worte, mit denen die Ehefrau zum „Alleinerben" ernannt ist, in Frage gestellt wird, so kann dahingestellt bleiben, ob gegenüber einem klaren und völlig un-

zweideutigen Wortlaut des Testaments ein Gegenbeweis [1]) auch da wo es sich um die Thatsache der Einsetzung eines Noterben handelt, für zulässig zu erachten wäre.

Während das W. Landrecht hinsichtlich der Form der Enterbung im Anschluß an das römische Recht bestimmte Vorschriften giebt (III, 17 § 1 ff.; 18 § 8) hat es für die Erbeinsetzung der Noterben solche besondere Bestimmungen nicht getroffen und es gelten daher nach dieser Richtung die für die Erbeinsetzung bestehenden allgemeinen Grundsätze.

Schon nach neuerem römischem Recht ist zur Erbeinsetzung eine bestimmte Form der Erklärung namentlich der Gebrauch des Ausdruckes „heres“ nicht mehr erforderlich, es genügt nach diesem und nach gemeinem Recht, wenn aus den gebrauchten Worten mit Sicherheit der Erbeinsetzungswille des Erblassers entnommen werden kann [2]).

In Uebereinstimmung hiemit bestimmt das W. Landrecht III tit. 11 § 2, daß „die Erbsatzung kräftiglich geschehen sein“ solle, wenn „aus den Worten des Testierers eigentlich verstanden werden mag, daß er eine Erbsatzung gemeint und fürnemmen wöllen“. So wird schon von älteren Rechtslehrern, was speziell die Einsetzung des Noterben auf den Pflichtteil anlangt, ausgeführt, es sei dem Gesetz Genüge geschehen, wenn der Erblasser sagt: „ich hinterlasse, vermache meinem Kind (Vater) den Pflichtteil, er soll den Pflichtteil haben [3])“ wie denn für unser heutiges Recht auch zu beachten ist, daß der deutsche Sprachgebrauch wenigstens im Munde des Laien die prägnante rechtliche Bedeutung der Ausdrücke Erbschaft, erben — Vermächtnis, vermachen, nicht streng zu unterscheiden pflegt.

Im gegenwärtigen Fall ist es allerdings ein Notar, welcher das Testament verfaßt hat. Allein gerade deshalb darf

1) Vgl. Seuffert, Archiv 15 Nr. 31, Jahrb. der W. Rechtspfl. Bd. I S. 8.

2) l. 15 Cod VI. 23 qui test. Windscheid, P. III § 546 S. 41. Dernburg, P. (3. Aufl.) Bd. III § 88 S. 159.

3) Weishaar, W. Pr.R. II § 725, 1. Aufl. S. 212. Griesinger, Komm. zum L.R., Bd. VI S. 91, S. 383, 384. Reinhardt, Komm. II S. 164. Vgl. Dernburg, Bd. III § 85 S. 159, § 152 S. 305, Note 3/6.

unterstellt werden, daß dem Testamentsverfasser bei Errichtung des Testaments das formelle Noterbrecht des Vaters und die rechtliche Notwendigkeit, denselben als Erben einzusetzen, bekannt und gegenwärtig gewesen seien. Darauf, daß dem in der That so war, deutet eben der Beisatz in Ziff. I: „wegen meines Vaters siehe Z. II". Derselbe erklärt sich aus dem Bewußtsein des Verfassers, daß der Vater des Erblassers — seines Noterbrechts wegen — in der über die Erbfolge bestimmenden Ziff. I erwähnt werden müsse. Und man hätte sich alsdann den Sinn und Zusammenhang der fraglichen Bestimmungen weiter so zurecht zu legen: anstatt in Ziff. I sofort anzuführen, daß der Vater auf den Pflichtteil zum Erben eingesetzt werde, hat der Verfasser, weil dem Vater wahlweise der Pflichtteil oder ein Vermächtnis von 200 M. zugedacht war, und, weil die Vermächtnisse sämtlich im Zusammenhang unter Ziff. II geregelt werden sollten, zugleich in dem (auch in dem sonstigen Inhalt des Testaments zu Tag tretenden) Bestreben nach Kürze den Erbeinsetzungswillen bezüglich des Vaters in Ziff. I zunächst nur durch die Verweisung auf die in Ziff. II nachfolgende Verfügung zum Ausdruck zu bringen beabsichtigt, diese letztere Verfügung aber in dem Sinne getroffen, daß dem Vater zur Wahl gestellt wurde, ob derselbe das Vermächtnis von 200 M. acceptieren oder seinen „gesetzlichen Pflichtteil erlangen", d. h. die ihm gesetzlich zukommende pars legitima als Pflichtteils e r b e haben wolle.

Dieser Annahme stehen die übrigen Umstände zur Seite. Dafür, daß der Erblasser selbst von der Absicht ausgegangen wäre, dem Vater die „Ehre" der Erbeinsetzung vorzuenthalten, liegt überall kein Anhalt vor; er wollte den Vater weder enterben noch im Pflichtteil verkürzen; die ihm selbst schwerlich näher bekannten gesetzlichen Vorschriften zu wahren, überließ er ohne Zweifel dem Notar. Der Letztere aber muß, wenn er anders an das formelle Noterbrecht des Vaters gedacht hat, von der Absicht ausgegangen sein, ein durch Wahrung jener Vorschriften rechtsbeständiges Testament abzufassen, also auch eine Erbeinsetzung des Vaters vorzunehmen.

Bei so bewandter Sachlage kann der in Ziff. I des Testamentes ausgesprochenen Einsetzung der Ehefrau als „Alleinerbin" eine ausschlaggebende Bedeutung nicht zuerkannt werden. Es ist denkbar, daß der fragliche Ausdruck den Sinn haben sollte, die Ehefrau sei alleinige Erbin des nach Abzug des des väterlichen Pflichtteils verbleibenden Vermögens, oder auch, wenn das Wort Alleinerbe (wie zu vermuten) in der juristisch-technischen Bedeutung gemeint ist, daß die Berufung zum Alleinerben mit der aus den weiteren Verfügungen sich ergebenden Bedingung zu verstehen ist: wenn nicht der Vater anstatt des Legats die Pflichtteilserbschaft beanspruchen werde.

Ist aber der Vater in der That als Miterbe berufen, so hätte man auch schon nach der Rechtsregel, welche für den Fall gilt, wo der Erblasser zuerst Einen auf das Ganze, darauf einen Andern auf einen Teil zum Erben ernannt hat, als vermutlichen Willen des Testierers anzusehen, daß der auf den Pflichtteil eingesetzte Vater die auf das Ganze ernannte Ehefrau beschränken solle [1]).

Ob für die Auslegung der Beklagten auch aus der weiteren Bestimmung des Testaments, wornach für den Fall, wenn einer der „zu Ziff. 2—6 benannten" Legatare den Anfall nicht überlebe, dessen Nachkommen ersten Grades das Legat erhalten sollen, ein Argument entnommen werden kann, mag allerdings fraglich erscheinen. Zu einer Substitution der Abkömmlinge, wie sie hier zu Gunsten der Geschwisterstämme getroffen ist, lag hinsichtlich eines dem Vater ausgesetzten Vermächtnisses keine Veranlassung vor und in der für die Legatare Ziff. 2—6 besonders getroffenen Disposition könnte man um deswillen noch nicht eine Exemtion des Vaters aus dem Kreise der Vermächtnisnehmer finden. Andererseits steht jene Anordnung der durch die vorstehenden Erwägungen gerechtfertigten Annahme, daß der Vater auf den Pflichtteil als Erbe eingesetzt sei, jedenfalls nicht entgegen.

Diese Erbeinsetzung ist nun zwar insofern eine nur bedingte, als dem Vater die Wahl gelassen ist zwischen einem Legat

1) cf. Windscheid, § 552 S. 57 Z. 2 Note 13.

von 200 M. und dem gesetzlichen Pflichtteil. Aber die hierin gelegene Bedingung — wenn überhaupt hier (wo es sich nicht um die Erbfolge eines suus heres handelt) von einer solchen die Rede sein kann — wäre keinenfalls eine dem Noterben gegenüber unzulässige. Wie erwähnt hat das W. Landrecht über die Form der Einsetzung der Noterben besondere Vorschriften nicht getroffen. Wenn aber der aus den Vorschriften über die Enterbung hieher übertragene Satz, daß der agnatische Descendent und Ascendent unbedingt zum Erben eingesetzt werden, oder wenn bedingt eingesetzt, zugleich für den Fall des Nichteintretens der Bedingung ausdrücklich enterbt werden müsse [1]), im allgemeinen als richtig anzuerkennen wäre, so wird, wie schon nach altem römischem Civilrecht so nach gemeinem und auch nach württembergischem Recht durch eine auf den bloßen Willen des Eingesetzten verstellten Potestativbedingung die Gültigkeit der Einsetzung agnatischer Noterben nicht beeinflußt [2]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 7. März 1895 i. S. Schäfer g. Schäfer.

13.

Auslegung von Versicherungsbedingungen.

Der Ehemann der Klägerin S. war bei der beklagten Unfallversicherungsgesellschaft für den Fall des Todes, der bleibenden und der vorübergehenden Invalidität versichert. In § 21 der allgemeinen Versicherungsbedingungen ist bestimmt: „Hat ein Unfall den Tod oder die bleibende Invalidität zur Folge, so ist der Versicherungsvertrag vorbehaltlich der durch den Unfall erworbenen Rechte fortan erloschen, ohne daß eine Prämienrückgewähr stattfindet". Gegenüber der Klage der Klägerin,

1) Stein-Hohl, § 82 A. 1 S. 101 cf. A. 2.

2) Windscheid, P. III § 588 S. 147, 148, Note 5, 6. Vangerow, P. II § 484 Note 1 S. 284, § 469 S. 229, A. 1. Dernburg, P., III § 143 S. 289, § 152 S. 305 Note 3, 4. Entsch. des Reichsger. Bd. XVII Nr. 30 S. 127. Wächter, W. Privatr. II § 92 S. 689 f., Pand. § 68 Beil. 25, A.

deren Ehemann in Folge eines am 3. Juli 1894 erlittenen Unfalls gestorben ist, auf Bezahlung der für den Fall des Todes festgesetzten Versicherungssumme, hat Beklagte u. a. geltend gemacht: der Verstorbene sei zufolge eines am 29. Dezember 1892 erlittenen Unfalls (Muskelzerreißung am rechten Oberarm), für den er am 6. April 1893 von der Beklagten die vertragsmäßige Entschädigung für vorübergehende Invalidität mit 140 M. erhalten hat, bleibend invalid gewesen und der Versicherungsvertrag sei daher gemäß § 21 der allg. Versicherungsbedingungen erloschen. Weiter hat Beklagte unter Berufung darauf, daß der Verstorbene in der Polize seine „gesetzlichen Erben“ als zum Bezug der Versicherungssumme berechtigt erklärt hat, die Klägerin nur für befugt erachtet, die Hälfte der eingeklagten Versicherungssumme zu fordern: Klägerin ist nämlich zwar testamentarische Universalerbin ihres Mannes geworden, Intestaterben waren aber neben ihr zwei Brüder des Verstorbenen.

Diese Einwendungen sind in beiden Instanzen verworfen worden, in der Berufungsinstanz aus folgenden

Gründen:

Es mag sein, daß S. in Folge des am 29. Dezember 1892 erlittenen Unfalls bleibend invalid im Sinn der von der bleibenden Teil-Invalidität handelnden Bestimmungen des § 13 der allg. Vers.-Bedingungen, insbesondere des Abs. 5 daselbst geworden ist. Dagegen steht auf Grund der Berichte des Stadtwundarzts H. an die Beklagte vom 31. Dezember 1892 und 19. Februar 1893 fest und ist auch nicht bestritten, daß S. die durch den Unfall herbeigeführte Invalidität für eine vorübergehende angesehen hat, als er am 6. April 1893 die Entschädigungs-Quittung unterzeichnete, wodurch er erklärte, daß mit der Zahlung von 140 M. allen wie immer gearteten Ansprüchen genügt worden sei, die er wegen jenes Unfalls aus irgend einem Grund an die Beklagte zu stellen berechtigt sei.

Nun bestimmt § 21 Abs. 1 der allg. Vers.-Bed.: „Hat ein Unfall den Tod oder die bleibende Invalidität zur Folge, so ist der Versicherungsvertrag vorbehaltlich der durch den Unfall erworbenen Rechte fortan erloschen, ohne daß eine Prämienrück-

gewähr stattfindet" und Beklagter will diese Bestimmung dahin verstanden wissen, daß die Versicherung für den Fall des Todes auch dann ohne weiteres erlösche, wenn der Versicherte bleibend (teilweise) invalid im Sinn der Versicherungsbedingungen wird, einerlei ob er Entschädigung wegen bleibender Invalidität erhält oder nicht.

Diese Auslegung ist nicht zu billigen.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob § 21 Abs. 1 cit. nicht dahin zu verstehen ist: „die Versicherung für den Fall des Todes erlischt mit dem Tod, die Versicherung für den Fall der bleibenden Invalidität erlischt, sobald der Versicherte zufolge eines Unfalls bleibend invalid geworden ist" (für diese Auslegung scheint die Erwägung zu sprechen, daß doch kaum gewollt sein kann, eine bloß für den Fall des Todes eingegangene Versicherung — die zulässig ist nach Ziff. 1, a des Tarifs der Beklagten — erlösche, wenn der Versicherte z. B. eine Zehe — vgl. § 13 Abs. 4 a. E. der allg. Vers.-Bed. — verliere; der § 21 Abs. 1 hätte bei dieser Auslegung den Sinn, daß zwar für vorübergehende Invalidität mehrfach Entschädigung gezahlt wird, für bleibende dagegen nur einfach; die Versicherung wegen bleibender Invalidität erlischt, wenn der Versicherte auch nur eine Zehe verliert und dafür 3 % der versicherten Summe erhält; verliert er nachher ein Auge oder einen Arm u. s. w., so erhält er nichts mehr). Auch wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, daß bei gleichzeitiger Versicherung für die Fälle des Todes und der bleibenden Invalidität die Gesellschaft stets nur entweder wegen Todes oder wegen bleibender Invalidität, nie aus beiden Gründen in Anspruch genommen werden kann, ist doch die Versicherung des S. für den Fall des Todes nicht zufolge des Unfalls vom 29. Dezember 1892 erloschen.

2. § 18 Abs. 1 der allg. Vers.-Bed. lautet: „Ein und derselbe Unfall berechtigt immer nur zu einer der in den §§ 12, 13 und 14 erwähnten Entschädigungen mit Ausschluß jeder andern" (von welchem Grundsatz sodann Abs. 2 eine Ausnahme für den Fall festsetzt, daß der Tod in Folge eines Unfalls

nach der wegen dieses Unfalls erfolgten Auszahlung einer Entschädigung für bleibende oder vorübergehende Invalidität eintritt). Hieraus folgt: wer, wie S. zufolge eines Unfalls Entschädigung wegen vorübergehender Invalidität erhalten hat, kann nicht nachträglich Entschädigung wegen bleibender, durch diesen Unfall herbeigeführter Invalidität beanspruchen (vgl. auch den oben angeführten Inhalt des von S. am 6. April 1893 unterzeichneten Quittungs-Formulars).

Bei vorübergehender Invalidität wird nach § 14 der allg. Verf.-Bed. Entschädigung „lediglich für die Dauer der ärztlichen Behandlung" gewährt. Wenn also ein Unfall nach Ansicht des Arztes aller Wahrscheinlichkeit nach eine nur vorübergehende Invalidität zur Folge hat, so ist nach Abschluß der ärztlichen Behandlung für den Versicherten kein Grund vorhanden, mit Geltendmachung seiner Ansprüche an die Gesellschaft zuzuwarten. S. hat also ganz sachgemäß gehandelt, wenn er nach der am 19. Februar 1893 erfolgten Beendigung der ärztlichen Behandlung der Folgen des Unfalls vom 29. Dezember 1892 seine Ansprüche wegen vorübergehender, durch diesen Unfall herbeigeführter Invalidität geltend machte; zu der Annahme, der Unfall könne dauernde Folgen haben, lag damals nach dem ärztlichen „Schlußbericht im Fall der vorübergehenden Invalidität" kein Grund vor.

Nun wäre es doch offenbar im höchsten Grad unbillig, wenn ein Versicherter, der für einen Unfall eine geringfügige Entschädigung wegen vorübergehender Invalidität erhalten hat, nachher zwar keinen Anspruch auf Entschädigung wegen bleibender Invalidität mehr hat, falls sich unerwartet eine solche Invalidität als Folge des Unfalls nachträglich herausstellt, dagegen auf Grund dieses Umstands des Rechts verlustig gienge, bei Eintritt eines spätern Unfalls die für den Fall des Todes oder der bleibenden Invalidität festgesetzte Versicherungssumme zu erhalten. Eine solche Bestimmung würde dermaßen auffallend erscheinen, daß sie nicht als gewollt gelten kann, wenn nicht der Inhalt des Versicherungsvertrags zu dieser Annahme zwingt. Dies trifft bei § 21 Abs. 1 der allg. Verf.-Bed.

keineswegs zu; diese Satzung läßt sich vielmehr ungezwungen dahin verstehen, daß der Versicherungsvertrag erloschen sein soll, wenn die Gesellschaft zufolge eines Unfalls Entschädigung wegen Todes oder bleibender Invalidität zu bezahlen hat; es liegt lediglich eine ungenaue Ausdrucksweise vor, die dadurch veranlaßt ist, daß, wenn ein Unfall den Tod oder bleibende Invalidität „zur Folge hat", die Gesellschaft regelmäßig die entsprechende Entschädigung zu bezahlen hat. Bei S. aber hat Beklagte wegen des Unfalls vom 29. Dezember 1892 nur Entschädigung wegen vorübergehender Invalidität bezahlt und war nach Lage der Sache zur Zeit der Zahlung vom 6. April 1893 diese Entschädigung — und weiter nichts — zu leisten verpflichtet; damit war aber ausgeschlossen, daß sie zufolge des erwähnten Unfalls dem S. Entschädigung wegen bleibender Invalidität zu zahlen hatte; der § 21 Abs. 1 cit. greift daher nicht Platz, die Versicherung des S. ist nicht erloschen, wenn auch der Unfall vom 29. Dezember 1892 seine bleibende Invalidität zur Folge gehabt haben sollte.

3. Wie zu entscheiden wäre, wenn ein Versicherter der Gesellschaft absichtlich verschweigt, daß bleibende Invalidität bei ihm eingetreten ist, kann dahingestellt bleiben, weil dieser Fall nicht vorliegt. Von einem solchen absichtlichen Verschweigen kann nur die Rede sein, soweit der Versicherte die Verpflichtung oder doch Anlaß hat, der Beklagten eine entsprechende Mitteilung zu machen. Für S. bestand keine Pflicht und kein Anlaß, der Beklagten Anzeige zu machen, wenn sich nachträglich — nach der eigenen Darstellung der Beklagten erst im März 1894 — zeigte, daß der Unfall vom 29. Dezember 1892 wider Erwarten bleibende Folgen hatte: Anspruch auf Entschädigung wegen bleibender Invalidität konnte S. nach dem oben Ausgeführten nicht mehr erheben, eine Anzeigepflicht wegen veränderter Gesundheitsverhältnisse lag ihm nach § 8 der allg. Vers.-Bed. nur ob, wenn einer der in § 5 lit. b bezeichneten Umstände bei ihm eintrat, also wenn er verstümmelt oder mit einem schweren körperlichen Gebrechen oder einer schweren Krankheit behaftet (oder trunksüchtig) wurde: daß einer dieser Fälle zufolge der

Muskelzerreißung vom 29. Dezember 1892 bei S. vorgelegen sei, hat Beklagte selbst nicht behauptet und mit allem Grund. Durch die eben erwähnte Anzeigepflicht und die in § 8 hieran geknüpften Folgen ist Beklagte ausreichend gegen die Gefahr gesichert, die für sie daraus entstehen kann, daß die Gesundheitsverhältnisse eines Versicherten sich in einem Grad verschlechtern, der die Möglichkeit, daß den Versicherten ein Unfall trifft, wesentlich erhöht und es daher unbillig erscheinen läßt, daß die Beklagte den Versicherungsantrag (mit denselben Prämien) fortdauern lassen muß; es läßt sich daher nicht annehmen, daß dem § 21 Abs. 1 cit. der Gedanke zu Grund liegt, jeder Unfall eines Versicherten, der eine bleibende (Teil-)Invalidität desselben „zur Folge hat", vergrößere dermaßen die Gefahr, daß der Versicherte durch einen Unfall getödtet werde, daß in allen solchen Fällen bleibender (Teil-)Invalidität das Erlöschen der für den Fall des Todes eingegangenen Versicherung gerechtfertigt sei. Daß bei S. ein Zusammenhang zwischen dem Unfall vom 29. Dezember 1892 und demjenigen, der seinen Tod herbeiführt, nicht angezeigt ist, hat der vorige Richter zutreffend hervorgehoben.

Die aus § 21 Abs. 1 der allg. Vers.-Bed. abgeleitete Einrede gegen den Klaganspruch stellt sich nach dem Ausgeführten als nicht stichhaltig dar.

Auch darin ist dem vorigen Richter beizustimmen, daß Klägerin bezüglich der ganzen Versicherungssumme forderungsberechtigt ist. Wenn § 12 der allg. Vers.-Bed. sagt, im Fall des Todes des Versicherten bezahle Beklagte die Versicherungssumme „entweder 1. an jene Person oder Personen, die über schriftliche Anzeige des Versicherten — in der Police oder deren Nachträgen als bezugsberechtigt eingesetzt sind, oder 2. in Ermangelung der ordnungsmäßigen Bezeichnung einer bezugsbeberechtigten Person an die gesetzlichen Erben des Versicherten", so will damit augenscheinlich der Gegensatz zwischen einer Versicherung zu Gunsten Dritter und einer nicht auf (bestimmte) dritte Personen gestellten Versicherung hervorgehoben werden, es will gesagt werden: wenn keine bestimmten Personen als

bezugsberechtigt bezeichnet sind, so wird die Versicherungssumme als ein Teil des Nachlasses des Versicherten behandelt und teilt das Schicksal dieses Nachlasses, fällt also denen zu, denen der übrige Nachlaß zufällt. Für diese Auslegung spricht namentlich auch der weitere Satz: „In Ermangelung gesetzlicher Erben hat die Gesellschaft nur die nachgewiesenen Krankheits- und Beerdigungskosten — zu berichtigen" — eine Bestimmung, die nicht dahin gemeint sein kann, daß Beklagte der Zahlung der Versicherungssumme enthoben sein soll, soferne nur der Versicherte keine Intestaterben hat. Der Nachlaß des S. nun ist unbestrittenermaßen der Klägerin als testamentarischer Universal-Erbin zugefallen, ihr ausschließlich steht daher auch der Anspruch auf die eingeklagte Versicherungssumme zu: die Erklärung des S. in der Police, die Versicherungssumme solle seinen „gesetzlichen Erben" zufallen, muß in gleicher Weise wie Ziff. 2 des § 12 der allg. Vers.-Bed., deren Wortlaut sie sich anschließt, verstanden werden.

Urteil des I. Civilsenats vom 5. Juli 1895 i. S. der Ersten öster. allgemeinen Unfallversicherungs-Gesellschaft gegen Spieth.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

Nachgeholte Auflage von Wasserregalzinsen.

(Statthaftigkeit der Auflage und der Nachholung; Frage der Verjährung, insbes nach Art. 6 des Gesetzes vom 28. Februar 1873; Zurückverweisung neuen Vorbringens betreffs des Betrags in die vorige Instanz).

In der Rechtsbeschwerdesache der Witwe des Daniel Sch. von Sinningen, O.-A. Laupheim, und des Pflegers ihrer minderjährigen Kinder, Ratsschreibers K. in Ulm wegen der Auflegung von Wasserregalzinsen, erkannte der K. Verwaltungsgerichtshof:

Die wider die Verfügung des K. Finanzministeriums vom 27. Juni 1894 erhobene Rechtsbeschwerde wird, soweit in dieser Verfügung die Verpflichtung der Beschwerdeführer zur Entrichtung von Wasserregalzinsen für die Benützung des Gießbachs zum Betrieb ihrer Sägmühle an sich ausgesprochen ist, als unbegründet verworfen. Dagegen werden die Beschwerdeführer mit der Geltendmachung ihres neuen Vorbringens in Absicht auf die Höhe des zu entrichtenden Wasserregalzinses in die Instanz des K. Finanzministeriums zurückgewiesen.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

I. Durch Erlaß der K. Regierung für den Donaukreis in Ulm vom 16. April 1858 ist dem Holzhändler Matthias K. in Ulm die Genehmigung zur Errichtung einer Sägmühle an dem Gießbach auf der Markung der Gemeinde Sinningen,

O.-A. Laupheim, erteilt worden. Die Sägmühle wurde im Jahre 1858 von dem Kaufmann Eugen B. in Ulm erbaut, ging sodann am 21. Februar 1863 im Wege des Kaufvertrags auf Martin und Daniel Sch. von Sinningen und am 8. Juni 1864 in den alleinigen Besitz des Daniel Sch. über. Seit dem am 6. August 1893 erfolgten Tode des letzteren ist dessen Witwe Elise Sch., geb. K. mit ihren unter der Vormundschaft des Ratsschreibers K. in Ulm stehenden Kindern Besitzerin des Mühlanwesens. Von der im Jahre 1858 erteilten Konzession war der zuständigen Finanzbehörde die vorgeschriebene Mitteilung nicht gemacht worden, auch von den späteren, mit Erlassen der K. Regierung für den Donaukreis vom 30. August 1861 und 3. März 1863 genehmigten Aenderungen an dem Wasserwerk der Sägmühle, hatte die Finanzbehörde eine Mitteilung nicht erhalten, es unterblieb demgemäß auch eine Verfügung wegen der Ansetzung des üblichen Wasserregalzinses. Erst im Frühjahr 1894 erhielt die K. Domänendirektion Kenntnis von den erteilten Konzessionen und sie schritt nunmehr nachträglich am 25. April 1894 zur Ansetzung eines solchen Wasserzinses für das Sch.'sche Sägmühleanwesen. Hiebei wurde auf Grund der angestellten Erhebungen davon ausgegangen, daß bei der Errichtung der Sägmühle im Jahre 1858 eine Wasserkraft von 11,9 Pferdekräften vorhanden war und daß sich die Wasserkraft infolge der Aenderungen des Wasserwerks und zwar derjenigen im Jahre 1861 um 5,3, derjenigen im Jahre 1863 um 2 Pferdekräfte erhöht habe. Unter Anwendung des in den Jahren 1858/63 üblichen Satzes für die Pferdekraft von jährlichen 30 kr. kamen dementsprechend zur Ansetzung:

1. für die Errichtung der Sägmühle im Jahre 1858 5 fl. 57 kr. = 10 M. 20 Pf., fällig je am 16. April und erstmals am 16. April 1859;

2. für die Wasserkrafterhöhung im Jahre 1861 2 fl. 39 kr. = 4 M. 54 Pf., fällig je am 30. August, und erstmals am 30. August 1862;

3. für die Wasserkrafterhöhung im Jahre 1863 1 fl. = 1 M. 71 Pf., fällig je am 3. März und erstmals am 3. März 1864.

Zur Entrichtung dieser Wasserzinse wurde Daniel Sch., bezw. dessen Witwe von denjenigen Verfallterminen an für verpflichtet erklärt, welche nach dem Besitzübergang der Sägmühle an dieselben — 8. Juni 1864 — eingetreten waren. Die Witwe Sch. hätte hienach zu bezahlen an bis zum Ende des Jahres 1893 verfallenen Wasserzinsen —:· 481 M. 59 Pf., wozu noch die im Jahre 1894 verfallenen kommen.

Gegen diese Auflage erhoben die Witwe Sch. und der Pfleger ihrer minderjährigen Kinder am 19. Juni 1894 Beschwerde bei dem K. Finanzministerium. In der Beschwerdeausführung wurde geltend gemacht: Wenn auch die Ansetzung eines Wasserzinses auf dem Erlaß des K. Finanzministeriums vom 28. April 1829 beruhe, so sei doch die gesetzliche Statthaftigkeit einer solchen Auflage in Frage zu ziehen, jedenfalls sei nur bei der Errichtung einer neuen Mühle, nicht bei einer bloßen Aenderung im Wasserwerk der Ansatz eines solchen Zinses gerechtfertigt. Sodann müsse seit dem Inkrafttreten der Reichsgewerbeordnung die fernere Auflegung von Wasserregalzinsen für unstatthaft erklärt werden, und dies beziehe sich auch auf früher erteilte Konzessionen, wenn die Auflegung des Rekognitionszinses erst nachträglich erfolgen solle. Im vorliegenden Falle sei ferner unter allen Umständen durch den Umfluß der dreißigjährigen bezw. zehnjährigen Ersitzungszeit die Freiheit von der Auflage des Wasserregalzinses ersessen, zumal da die Leistung einen privatrechtlichen Charakter habe, andererseits aber auch die Anschauung, daß öffentlich-rechtliche Abgaben nur im Wege der unvordenklichen Verjährung untergehen können, jeder Begründung entbehre. Schließlich wurde noch geltend gemacht, daß die Wasserkraftberechnungen der K. Domänendirektion durchgängig zu Ungunsten der Beschwerdeführer erheblich zu hoch seien.

Mit Erlaß an das K. Kameralamt Wiblingen vom 27. Juni 1894 wies jedoch das K. Finanzministerium die erhobene Beschwerde . . . als unbegründet ab. Dabei wurde bezüglich des kaum erwähnten Vorbringens wegen der Höhe des angesetzten Wasserzinses bemerkt, auf die Bemängelung der von den Re-

gierungstechnikern gefertigten Wasserkraftberechnungen könne nicht eingegangen werden, so lange diese nicht von den Beschwerdeführern im einzelnen näher thatsächlich begründet werde. Eine diesbezügliche weitere Ausführung reichten die Beschwerdeführer unter dem 5./7. Juli 1894 bei dem K. Kameralamt Wiblingen ein. Gegen die am 10. bezw. 11. Juli 1894 ihnen eröffnete Verfügung des K. Finanzministeriums vom 27. Juni 1894 aber erhoben die Witwe Sch. und der Pfleger ihrer minderjährigen Kinder . . . K. am 16. Juli 1894 Rechtsbeschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof. In der Beschwerdeausführung ist wegen der Verpflichtung der Beschwerdeführer zur Entrichtung von Wasserzinsen an sich auf das frühere Vorbringen Bezug genommen, wegen der Höhe des Wasserzinses aber wird auf die schon erwähnte Eingabe an das kgl. Kameralamt Wiblingen vom 5. Juli 1894 mit dem Anfügen hingewiesen, daß die Beteiligten die weiter erforderlichen Erhebungen durch einen Wasserbautechniker machen und der Ministerialinstanz nachbringen werden, falls der Verwaltungsgerichtshof die Abgabe dem Grunde nach als rechtsbeständig erklären sollte. Demgemäß wird der Antrag gestellt:

primär: unter Aufhebung der Finanzministerialverfügung die Verpflichtung zur Bezahlung des Wasserregalzinses in Wegfall zu bringen,

eventuell: gemäß Art. 62 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes die Sachentscheidung bezüglich der Höhe des zu entrichtenden Betrags an das K. Finanzministerium zurückzuverweisen.

Bei der Mitteilung der Akten hat das K. Finanzministerium in der letzteren Hinsicht bemerkt, die Einwendungen der Witwe Sch. wegen angeblich zu hoher Berechnung der Wasserkraft des fraglichen Werks haben bei der Entscheidung des Finanzministeriums nicht mehr berücksichtigt werden können, da der betreffende Nachtrag zu der Beschwerdeschrift erst am 7. Juli 1894 bei dem Kameralamt Wiblingen eingekommen sei. Andernfalls hätte das Finanzministerium ohne Zweifel die Einholung einer Aeußerung des zuständigen Regierungstechnikers durch die Regierung für den Donaukreis veranlaßt. Dagegen, daß das neue

Vorbringen von dem Verwaltungsgerichtshof in dem bei ihm anhängigen Verfahren berücksichtigt werde, habe das K. Finanzministerium nichts einzuwenden.

II. Was indessen zunächst die Beschwerde darüber betrifft, daß die Finanzbehörden überhaupt eine Verpflichtung der Beschwerdeführer zur Entrichtung von Wasserzinsen als zu Recht bestehend angenommen haben, so erscheint dieselbe unbegründet. Mit Unrecht ziehen die Beschwerdeführer vor Allem das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage für die Verfügung des K. Finanzministeriums vom 28. April 1829, durch welche die fernere Auflegung von Wasserzinsen auf neu errichtete Mühlen und andere unter Benützung von Wasserkraft neu erbaute Werke angeordnet worden ist, in Zweifel. In Württemberg ist seit den ältesten Zeiten von dem Landesherrn das Recht in Anspruch genommen worden, die Benützung der innerhalb Landes fließenden Gewässer zu regeln und für die Benützung des Wassers, sofern sie an die Unterthanen verliehen wurde, eine Abgabe zu erheben. In Gemäßheit dieses Rechtsanspruchs, welcher in dem Herzogsbrief vom 21. Juli 1495 eine staatsgesetzliche Anerkennung gefunden hat, und als Ausfluß des sogenannten Wasserregals ist die Erteilung der Konzession zur Errichtung eines Wasserwerks regelmäßig unter der Auflage der Entrichtung eines jährlichen Wasserzinses (Mühlenzinses) erfolgt; dieser Rechtszustand ist mit der Einführung des gesamten Württembergischen Rechts in den neuen Landesteilen auch auf diese übertragen worden, und es ist in diesem Rechtszustand in Folge der neueren Gesetzgebung eine Aenderung nicht eingetreten[1]). Insbesonders ist die Zulässigkeit der Auflage von Wasserregalzinsen mit dem Inkrafttreten der Reichsgewerbeordnung nicht in Wegfall gekommen. Die Bestimmungen, welche die § 16 ff. dieser Gewerbeordnung über die besondere Genehmigung der sogenannten lästigen gewerblichen Anlagen, zu welchen die Stauanlagen für Wassertriebwerke zu zählen sind, treffen, regeln diese Genehmigung nur nach der polizeilichen Seite hin, be-

1) Zu vgl. Art. 8 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes vom 24. August 1849 betreffend die Beseitigung der Ueberreste älterer Abgaben, Reg.-Bl. S. 480.

ziehen sich überhaupt nicht auf alle Wasserwerke und erklären in § 23 auch für Stauanlagen für Wassertriebwerke neben den getroffenen reichsgesetzlichen Vorschriften die dafür bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften fernerhin für anwendbar. Zu den Vorschriften der letzteren Art gehören auch diejenigen Normen, welche sich aus der Auffassung der Gewässer als eines Gegenstands des Finanzregals herleiten, und wenn schon vor dem 1. Januar 1872 neben dem Ansatz einer staatlichen Sportel für die polizeiliche Erkennung und die darauf gegründete Erlaubnis zur Errichtung einer Mühle [1]) die Auflage eines Wasserzinses zu Gunsten der Staatskasse für die Benützung des Wassers einhergieng, so ist nicht abzusehen, inwiefern mit dem Inkrafttreten der Reichsgewerbeordnung die Fortdauer dieses Rechtszustandes als ausgeschlossen zu betrachten sein sollte [2]).

Ebenso unzutreffend, wie gemäß dem Ausgeführten der Zweifel der Beschwerdeführer an der Gesetzmäßigkeit der Auflage eines Wasserzinses überhaupt, ist die Behauptung derselben, daß der Ansatz eines solchen Zinses jedenfalls nur bei der Errichtung einer neuen Mühle, nicht bei einer bloßen Aenderung im Wasserwerk gerechtfertigt erscheine. Die Wasserzinsleistung ist eine jährliche Abgabe, deren Höhe sich nach dem Maße des in Anspruch genommenen Wassers bemißt; wie sich aus der Verfügung der Domänendirektion vom 25. April 1894 ergiebt, ist in den für den vorliegenden Fall maßgebenden Jahren die Abgabe auf jährlich 30 kr. für die Pferdekraft festgesetzt gewesen. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß mit der Erhöhung der Zahl der in Anspruch genommenen Pferdekräfte auch eine Erhöhung des Wasserzinses begründet ist, und daß die Beschwerdeführer durch die für die Zeit vom 30. August 1861 beziehungsweise 5. März 1863 ab verfügte Erhöhung des Wasserzinses nicht verletzt sind, vorausgesetzt, daß ihnen im Zusammenhang mit der damals herbeigeführten Aenderung ihres Wasserwerks auch die angenommene Vermehrung der Wasserkraft zu Teil wurde.

---

1) Zu vgl. den Sporteltarif von 1828 unter: „Mühlenerrichtung".

2) Zu vgl. Schicker, Die Gewerbeordnung, 3. Aufl. 1892 S. 43 Note 2.

Auch von einer Verjährung des Anspruchs auf Entrichtung des Wasserregalzinses, beziehungsweise von einer Ersitzung der Freiheit von der Auflage eines solchen Zinses kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Man kann dahin gestellt lassen, ob der Anspruch auf Entrichtung eines Wasserregalzinses, welcher sich nach jetzigen Rechtsbegriffen zweifellos als ein öffentlich-rechtlicher Anspruch des Staats auf Leistung einer Abgabe darstellt und als solcher sowohl in der Rechtsprechung des Geheimen Rats, wie in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs stets behandelt worden ist, mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung überhaupt der Verjährung unterliegt. Denn zutreffenden Falls kommt bei dieser Verjährung lediglich die Anwendung de allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen in Betracht; nach diesen ist aber weder in Beziehung auf die den Beschwerdeführern alljährlich angesonnenen Einzelleistungen an Wasserregalzinsen, noch in Beziehung auf den ganzen Anspruch auf Entrichtung eines Wasserregalzinses, falls je nach der letzteren Richtung hin eine selbständige Verjährung möglich wäre, eine Verjährung eingetreten. Gemäß den bis zur Verkündigung des Gesetzes vom 28. Februar 1873, betreffend die Aufhebung von Vorrechten des Fiskus ꝛc. (Reg.-Bl. S. 30) in Württemberg geltenden Rechtsgrundsätzen war die 30jährige Verjährung gegen den Fiskus ausgeschlossen und nur eine 40-jährige zulässig, es erloschen insbesondere die dem Fiskus zustehenden persönlichen Ansprüche erst in 40 Jahren[1]). Mit der Verkündigung des genannten Gesetzes ist nun allerdings die Frist für die Anspruchsverjährung — eine andere steht im vorliegenden Fall nicht in Frage — auch dem Fiskus gegenüber für diejenigen Forderungen, für welche es, wie hier, an besonderen gesetzlichen Bestimmungen gebricht, auf 30 Jahre festgestellt. Es bestimmt aber der Art. 6, vgl. auch Art. 2 des Gesetzes: „In Fällen, wo eine erwerbende oder erlöschende Verjährung

1) Zu vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1862/63 I. Beil.-Band, 1. Abt. S. 274, 275; von 1870/72 I. Beil.-Band, 2. Abt. S. 716, 719 vgl. mit S. 715, 727. Verhandlungen der Kammer der Standesherrn 1870/74, 2. Beil.-Band S. 419, 420 und 414.

gegenüber den unter das gegenwärtige Gesetz fallenden Bevorrechteten bereits vor der Verkündigung desselben zu laufen begonnen hat, wird vom Tage dieser Verkündigung an (4. März 1873) der Ablauf der ganzen durch die allgemeinen Rechtsbestimmungen festgesetzten Frist zu Vollendung der Verjährung erfordert, ausgenommen, wenn unter Anwendung der Grundsätze des bisherigen Rechts die Verjährung früher vollendet wäre, welchen Falls es hiebei sein Bewenden hat". Vom Standpunkte dieser Bestimmungen aus war in dem hier in Rede stehenden Fall an der 40jährigen, frühestens mit dem 16. April 1858 beginnenden Verjährung hinsichtlich des Anspruchs auf Leistung von Wasserzins im Ganzen zur Zeit der Verkündigung des Gesetzes vom 28. Februar 1873 — dem 4. März 1873 — ein Zeitraum von nahezu 15 Jahren, hinsichtlich der ersten gegenüber den Beschwerdeführern beanspruchten Einzelleistung, des Wasserzinses auf den 30. August 1864 ein Zeitraum von etwa 8½ Jahren abgelaufen, gemäß den mehrerwähnten gesetzlichen Bestimmungen konnte daher der etwaige Anspruch auf die Gesamtleistung frühestens am 16. April 1898, der Anspruch auf eine den Beschwerdeführern gegenüber in Frage kommende Einzelleistung (bei Fortbestand des Anspruchs auf die Gesamtleistung) frühestens am 4. März 1903 verjähren; schon am 6./8. Mai 1894 aber sind die Beschwerdeführer von der K. Domänendirektion um die Entrichtung der seit dem 8. Juni 1864 fällig gewordenen Beträge in Anspruch genommen worden.

III. Bei dieser Sachlage werden die von den Beschwerdeführern gegen die Höhe des angesetzten Wasserzinses in der Eingabe vom 5. Juli beziehungsweise in der Beschwerdeausführung vom 11. Juli 1894 neuerdings erhobenen Einwendungen erheblich. In dieser Beziehung hat zwar das K. Finanzministerium eine Einwendung gegen die Berücksichtigung des neuen Vorbringens in der Instanz des Verwaltungsgerichtshofs nicht erhoben, immerhin aber erscheint es mit Rücksicht auf den Gegenstand der zu veranstaltenden weiteren Erhebungen zweckmäßiger, wenn die letzteren in der Instanz der Verwaltungsbehörden

vorgenommen werden. Entsprechend dem von den Beschwerdeführern selbst eingenommenen Standpunkt hat daher der Verwaltungsgerichtshof seine Entscheidung auf die Frage der Verpflichtung der Beschwerdeführer zur Entrichtung von Wasserzinsen an sich beschränken und die Beschwerdeführer mit der Geltendmachung des neuen Vorbringens in Absicht auf den Betrag und die Höhe des zu entrichtenden Wasserzinses an das K. Finanzministerium zurückweisen zu sollen geglaubt (Art. 62 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes).

Urteil vom 14. November 1894 in der Rechtsbeschwerdesache der Witwe und Kinder des Daniel Sch. von Sinningen.

2.

Zu Art. 28 der Bauordnung (Planierung der Einfahrten, Herstellung von Zäunen und Anpflanzungen in denselben).

Dem Verein für das Wohl der arbeitenden Klassen in Stuttgart ist in Beziehung auf verschiedene Neubauten an der Neuffen-, der Rechberg- und der Schwarenbergstraße ꝛc. in der Kolonie Ostheim, welche Bauten mit Ausnahme des Gebäudes Nr. 143/144 nicht näher bezeichnet wurden, von dem städtischen Baukontrolleur H. in einem dem Verein am 13. August 1894 behändigten Aktenstück vom 13. Juli 1894 die Auflage der Erledigung mehrfacher Anstände, welche bei diesen Bauten sich ergeben haben, gemacht worden. Die Bauabteilung des Gemeinderats in Stuttgart hat den Bevollmächtigten des Vereins Rechtsanwalt Dr. K. auf seine Eingaben vom 16. August und 17. November 1894, worin er um Aufhebung der Anordnungen des Baukontrolleurs H. und Belassung des vorhandenen Zustands bat, am 5. November und 5. Dezember 1894 dahin beschieden:

daß im Hinblick auf die Bestimmungen des Art. 28 der Bauordnung und des § 23 der Vollziehungsverfügung zu derselben die Anordnungen des Baukontrolleurs H. vom 13. Juli 1894 in der Hauptsache für begründet zu erachten seien, daß

aber die Bauabteilung von der hier ortsüblichen Herstellung gepflasterter, betonierter oder chaussierter Einfahrten absehen wolle und sich auf die Auflage der Herstellung planierter und bekiester mindestens 2,1 m breiter Zufahrten längs der Neben- und Rückseiten der Gebäude beschränke; Anpflanzungen und feste Zäune innerhalb dieser Zufahrten seien nicht zulässig, wogegen leicht konstruierte aushängbare Lattenzäune längs der Zufahrten an den Neben- und Rückseiten der Gebäude keine Beanstandung finden würden; da wo zwischen zwei Gebäuden größere Abstände bestehen, unterliege es keinem Anstand, den über die 2,1 m breiten Einfahrten hinausgehenden Zwischenraum als Ziergarten anzulegen.

Die die Rekursbeschwerde des Vereins abweisende Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 15. Februar 1895 hat ausgesprochen:

die Chaussierung der Einfahrten zu verlangen, was auch seitens des Gemeinderats nicht geschehen sei, liege im vorliegenden Fall ein besonderer Grund nicht vor, dagegen sei — in Uebereinstimmung mit der Ansicht des Gemeinderats — behufs der Beschaffung geordneter und jederzeit brauchbarer Zufahrten bezw. Zugänge auch in Ostheim im allgemeinen davon auszugehen, daß die Einfahrten und Zugänge zu den Rückseiten der Gebäude, sofern aus besonderen Gründen eine Ausnahme nicht besonders gestattet sei, mit durchgehendem Visier (ohne Absätze) anzulegen, zu planieren und zu bekiesen oder sonst zu befestigen seien und dieselben nicht durch Zäune fester Konstruktion abgeschlossen werden dürfen; über die Zulassung von Ausnahmen, insbesondere hinsichtlich der Art und Weise der Anlage derselben sei im einzelnen Fall Entscheidung zu treffen; das Anpflanzen der Einfahrten sei somit ausgeschlossen.

Der Verein hat, indem er am 6./9. März 1895 gegen diese Ministerialentscheidung die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben hat, das Gesuch gestellt: der Verwaltungsgerichtshof wolle unter Aufhebung des Ministerialerlasses vom 15. Februar die Anordnungen des Gemeinderats Stuttgart bezw. des Baukontrolleurs vom 13. Juli 1894 und

der gemeinderätlichen Bauabteilung vom 5. November 1895 betreffs der Anlage der Einfahrten zu den Gebäuden in der Kolonie Ostheim für unbegründet und die Anpflanzung der Einfahrten und des Hofraums an der Rückseite der Gebäude mit Gras, Blumen und Gesträuch für zulässig erklären, welchen Antrag der Bevollmächtigte des Vereins in seiner Eingabe vom 13. April 1895, womit er ein Gutachten des Architekten St., früheren städtischen Baukontrolleurs, vorlegte, dahin abänderte: der Verwaltungsgerichtshof wolle die Anpflanzung der Einfahrten und des Hofraums an der Rückseite der Gebäude in Ostheim mit Gras und Blumen und die Einfassung der Rabatten durch Plättchen bis zu 5 cm stark und 17 cm hoch für zulässig erklären. Von dem Kgl. Ministerium des Innern wurde in Beziehung auf die Vorschrift des Art. 62 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 gegen die Berücksichtigung des neuen Vorbringens des Beschwerdeführers nichts eingewendet.

Durch Urteil vom 1. Mai 1895 hat der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern außer Wirkung gesetzt mit der

Begründung:

1. Der in der Entscheidung enthaltene Hinweis darauf, daß der Art. 28 der Bauordnung und die auf Grund der Abs. 3 und 4 dieses Artikels ergangenen ortsbaustatutarischen Bestimmungen, indem sie in erster Linie den Zweck verfolgen, in Brandfällen die sachgemäße Entfaltung der Feuerlösch- und Rettungsanstalten zu ermöglichen, zugleich im Interesse der Gesundheitspolizei einer allzuweit gehenden Verbauung des Licht- und Luftzutritts zu den dem Aufenthalt der Menschen dienenden Gebäuden vorbeugen wollen, ist nicht zu beanstanden; es ist aber dieser letztere Gesichtspunkt bei der Entscheidung, da hiezu nach den Umständen des Falls keine Veranlassung gegeben war, in keiner Weise maßgebend geworden.

Die allgemeine Vorschrift des Art. 28 Abs. 1 der Bauordnung besagt nicht mehr, als daß jeder Bau so angelegt werden müsse, daß im Fall eines Brandes für die Feuerlösch- und Rettungsanstalten der erforderliche Raum gegeben sei und ent-

sprechende Zugänglichkeit bestehe. Zur Ausführung dieser Vorschrift trifft, damit die an den Straßen stehenden Gebäude auch an ihren Rückseiten zugänglich bleiben, der § 23 Abs. 1 der Vollziehungsverfügung die Bestimmung, daß überall, wo nicht öffentliche Feuergassen bestehen, genügende Zu- und Durchfahrten von mindestens 2,1 m Breite herzustellen seien . . ., und nach § 23 Abs. 3 und 4 dürfen die bestehenden Feuergassen und Ein- und Durchfahrten ohne polizeiliche Ermächtigung nicht beseitigt und auch nicht in einer mit den Feuerlöschzwecken unverträglichen Weise verschlossen oder verstellt werden und findet diese Vorschrift auch auf die Räume hinter den Gebäuden Anwendung, soweit es der Zweck ungehinderter Benützung der Feuerlösch- und Rettungsgerätschaften erfordert. Speziell über die Einfriedigung der Grundstücke bestimmt der Art. 34 Abs. 1 der Bauordnung, daß sie die Anwendung der Feuerlösch- und Rettungsgerätschaften nicht erschweren dürfen, und der § 29 der Vollziehungsverfügung, daß in Zwischenräumen zwischen Gebäuden oder Grundstücken, welche wegen der Einbringung von Feuerlösch- und Rettungsgerätschaften offen gelassen werden müssen, ohne Rücksicht auf die Eigentumsgrenzen keine Einfriedigungen von fester Konstruktion, welche nicht sofort weggeräumt werden können, angebracht werden dürfen. Der § 43 des Stuttgarter Ortsbaustatuts, der in Betreff der für die Vordergebäude einer und derselben Straßenseite gebotenen Abstände der Nebenseiten von einander vorschreibt, daß in diese Abstände von mindestens 2,865 m Sockel, Treppenstufen und andere über den Hausgrund vortretende Gebäudeteile nur in soweit vorragen dürfen, daß zwischen denselben und den am meisten vortretenden Teilen des Nachbarhauses ein freier Zwischenraum von mindestens 2,3 m verbleibt, hat auf den vorliegenden Fall keinen Bezug. Die von dem Gemeinderat betonten besonderen Bauvorschriften, welche dem Verein von dem K. Ministerium des Innern nach der Anführung in |4 der Akten des Gemeinderats dahin erteilt worden sind:

„Jedes Gebäude hat eine für immer gesicherte, wenigstens 2,1 m breite Zufahrt zu seiner Rückseite und entlang letzterer

zu erhalten und ist zu diesem Behufe dem Gebäudeabstand die bleibende Eigenschaft einer für beide Gebäude gemeinschaftlichen Einfahrt durch Eintragung in den öffentlichen Büchern mit dem Anfügen sichern zu lassen, daß diese Einfahrt nicht in einer mit den Feuerlöschzwecken unverträglichen Weise verschlossen oder verstellt werden darf",
wiederholen in dem hier in Betracht kommenden Inhalt, abgesehen von der Ermäßigung der Nebenseiten-Abstände von 2,865 m auf 2,1 m, lediglich die Vorschriften der Bauordnung und der Vollziehungsverfügung und es wird denn auch in der Ministerialentscheidung diesen Vorschriften eine besondere Bedeutung für die Erledigung der Beschwerde nicht beigelegt.

2. Bezüglich der Anbringung von Zäunen ist die Beanstandung des Baukontrolleurs H., an verschiedenen Neubauten seien die Einfahrten fest abgeschlossen und es seien die Zäune an der Rückseite der Gebäude auf eine Entfernung von 2,1 m von Veranden, Lichtschachtgittern rc. zurückzusetzen, in den Beschlüssen des Gemeinderats gegenüber den Eingaben des Beschwerdeführers vom 16. August und 17. November 1894 dahin festgehalten: daß leicht konstruierte aushängbare Lattenzäune längs der Zufahrten an den Neben- und Rückseiten der Gebäude keine Beanstandung finden würden, dagegen feste Zäune innerhalb der Zufahrten nicht zulässig seien. In der Ministerialentscheidung ist ausgesprochen, daß die Einfahrten an den Nebenseiten und zu den Rückseiten der Gebäude nicht durch Zäune fester Konstruktion abgeschlossen werden dürfen, wobei die Zustimmung zu der Einschränkung des Gemeinderats, daß leicht konstruierte aushängbare Lattenzäune nur längs der Zufahrten an den Neben- und Rückseiten der Gebäude zulässig seien und daß überhaupt nur aushängbare Lattenzäune zugelassen werden könnten, nicht zum Ausdruck gekommen ist. Es ist auch in dem zur Ausführung des Art. 34 der Bauordnung erlassenen § 29 der Vollziehungsverfügung die unbedingte Unzulässigkeit von Zäunen, welche in Einfahrten an den Nebenseiten und zu den Rückseiten der Gebäude nicht längs der Gebäude verlaufen, und die unbedingte Unzulässigkeit

nicht aushängbarer leicht konstruierter Zäune nicht ausgesprochen.

In ihrer allgemeinen Fassung ist diese Entscheidung des K. Ministeriums ohne unmittelbar praktische Bedeutung. Wie in den Beschlüssen des Gemeinderats sind auch in der Ministerialentscheidung die Gebäude, deren Einfahrten durch Zäune fester Konstruktion abgeschlossen sind, und die zurückzusetzenden Zäune nicht bezeichnet. Nicht nur hat aber der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 16. August 1894, worin er um Belassung des bestehenden Zustandes nachsucht, vorgetragen, daß die durchaus niederen und schwachen Zäune an der Rückseite der Gebäude in Ostheim nicht eine Eigentumsgrenze zu bilden bezwecken, sondern nur — namentlich zum Schutz gegen Kinder — einen Abschluß der Gärtchen gegen den als Hof benützten Hinterplatz bilden und daß im Falle der Feuersnot ein einziger Tritt oder Axthieb genüge, um den Zaun aus dem Wege zu räumen; sondern es hat auch der Architekt St. in seinem nach vorgängiger Besichtigung der ganzen Anlage erstatteten Gutachten sich dahin ausgesprochen, daß die großen freien Hinterplätze durch aushängbare Zaunfache oder durch niedere leichte Staketenzäune oder Drahtgitter in einer die Zugänglichkeit für Feuerlöschzwecke nicht beeinträchtigenden Weise abgeschlossen seien. Die bezüglich der Zäune getroffene Entscheidung erscheint hienach in ihrer Allgemeinheit als gegenstandslos; vielmehr bedarf es nach dem angeführten Inhalt der Bauordnung und der Vollziehungsverfügung, insbesondere des Art. 34 des Gesetzes und des § 29 der Verfügung, um die Auflage der Entfernung einzelner Zäune aufrecht zu erhalten, erst der Feststellung, daß dieselben als Zäune von fester Konstruktion, welche nicht sofort weggeräumt werden können, nicht angebracht werden dürfen.

Besonderer Erwähnung bedürfen noch die diejenigen Abstände, in welchen nicht seitlich der Haupteingang zum Gebäude sich befindet, gegen die Straße abschließenden Zäune, von welchen in der Eingabe vom 16. August 1894 gesagt ist: Wo in Ostheim die Abstände nicht durch ein eigentliches Thor, sondern durch einen Zaun abgeschlossen seien, sei dieser Zaun in einer Weise beweglich

angebracht, daß er mit leichter Mühe ausgehoben werden könne. Es sind dies großenteils dieselben Abstände, in welchen nach der Eingabe vom 16. August 1894 die Anpflanzungen vorhanden sind, deren Entfernung zugleich mit der Entfernung der Anpflanzungen auf der Rückseite der Gebäude verlangt wird, soweit sie nicht 2,1 m von den äußersten Vorsprüngen der Gebäudeteile wie Veranden, Lichtschächte u. s. w. entfernt sind. In der Ministerialentscheidung ist, wie es scheint, in Beziehung auf diese die Abstände nach der Straße abschließenden Zäune die Bestimmung in § 45 Abs. 1 des Ortsbaustatuts:

„Gegen die Straße dürfen die Abstände durch volle oder durchbrochene Thore verschlossen werden; jedoch dürfen erstere nicht höher als 2 m sein und letztere nur auf diese Höhe verkleidet werden"

angeführt. Allein diese Bestimmung besagt nicht, daß die zwischen den Nebenseiten der Vordergebäude einzuhaltenden Abstände **nur** durch Thore, selbst dann wenn der Abstand nur die Zugänglichkeit der Hinterseite des Gebäudes für Feuerlöschzwecke vermittelt, verschlossen werden dürfen und die Anbringung eines auszuhebenden Zaunfaches, das nur als Teil der Einfriedigung des Grundstückes an der Straße (Art. 34 Abs. 1 der Bauordnung) anzusehen ist, während die Anbringung eines Thores für den seltenen Fall eines Brandes keinen Zweck hätte, verboten sein soll.

3. Bezüglich der von dem Gemeinderat auferlegten Planierung und Bekiesung der Einfahrten an den Nebenseiten und zu den Rückseiten der Gebäude, soweit sie die Breite von 2,1 m nicht überschreiten, spricht die Ministerialentscheidung, von dem Standpunkte ausgehend, daß es der Baupolizeibehörde zustehe, im einzelnen Fall darüber zu entscheiden, wie diese Einfahrten anzulegen seien, damit sie ihrer Zweckbestimmung für Feuerlöschzwecke genügen, aus, daß auch in Ostheim die Anlegung mit durchgehendem Visier (ohne Absätze), die Planierung und Bekiesung oder sonstige Befestigung zu verlangen sei, sofern nicht eine Ausnahme aus besonderen Gründen gestattet sei — wobei die Ministerialentscheidung darauf, weshalb im vorliegenden Falle eine Ausnahme nicht Platz greifen könne, nicht eingeht.

Die Ministerialentscheidung geht jedoch selbst davon aus, daß die Abstände von den Bauenden, ohne daß ihnen eine Auflage gemacht wird, gewöhnlich gepflastert oder chaussiert oder betoniert werden und daß spezielle hierauf bezügliche Rechtsnormen nicht bestehen; insbesondere sind auch solche Vorschriften in das bestehende Ortsbaustatut nicht aufgenommen. Unter diesen Umständen befindet sich die Baupolizeibehörde nicht in der Lage, auf Grund des Art. 28 Abs. 1 der Bauordnung und des § 23 der Vollziehungsverfügung dem Beschwerdeführer die bezeichneten Auflagen allgemein unter Vorbehalt der Ausnahme für den etwa besonders gearteten Fall zu machen, sondern die Befugnis der Baupolizeibehörde, das Erforderliche nach Art. 28 Abs. 1 der Bauordnung vorzukehren, besteht nur in der Weise, daß die dem Bauenden erteilte Auflage in den Umständen des Falls ihre Rechtfertigung findet.

Nach dem Gutachten des Architekten St. sind in Ostheim die Abstände zwischen den Gebäuden geordnet planiert und in gleiche Visiere gebracht und bequem zu begehen; da sämtliche Gebäude allenthalben kanalisiert sind und kein Gewerbebetrieb stattfindet, sind die Abstände und Hinterplätze auch bei schlechtem Wetter rein und geordnet. Es bereitet aber auch nicht jedweder in einer der Einfahrten sich vorfindende aufsteigende oder nach hinten abfallende Absatz der Einbringung der Feuerlöschgeräte ein Hindernis. Die allgemeine Auflage an den Verein, daß die Einfahrten an den Nebenseiten und zu den Rückseiten der Gebäude mit durchgehendem Visier (ohne Absätze) anzulegen seien, entbehrt sonach, nachdem der Verein gegen die Beanstandung des Baukontrolleurs H. Einwendungen erhoben hat, der unmittelbar praktischen Bedeutung und es bedarf vielmehr, um die Auflage der Beseitigung vorhandener Absätze aufrecht zu erhalten, erst der Feststellung, daß und wo Absätze vorhanden sind, welche der Einbringung der Feuerlöschgeräte in unzulässigem Grade hinderlich sind. Auch die Auflage der Bekiesung oder sonstigen Befestigung der Einfahrten an den Nebenseiten und zu den Rückseiten der Gebäude läßt sich im feuerpolizeilichen Interesse in dieser Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten. Es weist auch das Gut-

achten des Architekten St., ohne bei dem K. Ministerium Widerspruch zu finden, darauf hin, daß sich in hiesiger Stadt namentlich in den Vororten und äußeren Stadtteilen noch manche Gebäude befinden, die einer künstlichen Bodenbefestigung auf den Neben- und Rückseiten entbehren (vergl. auch Art. 10 Abs. 2 der Bauordnung).

4. Was schließlich die in dem Beschlusse des Gemeinderats und in der Ministerialentscheidung für unzulässig erklärte Bepflanzung der Einfahrten an den Nebenseiten der Gebäude, soweit sie die Breite von 2,1 m nicht überschreiten, beziehungsweise mit dieser Maßgabe auch an den Rückseiten der Gebäude betrifft, so sind nach dem Gutachten des Architekten St., wodurch die Eingabe des Rechtsanwalts Dr. K. vom 16. August 1894 erläutert und berichtigt wird, in einem Teil der Abstände, vorwiegend in solchen, wo sich Eingänge in die Häuser nicht befinden, kleine Rabatten zur Anpflanzung angelegt, welche mit Plättchen 3 bis 5 cm stark und 12 bis 17 cm hoch eingefaßt sind. Nachdem der Bevollmächtigte des beschwerdeführenden Vereins in der Rekursschrift vom 6./9. März 1895 die Anpflanzung nicht nur von Gras und Blumen, wovon in der Eingabe vom 16. August 1894 die Rede war, sondern auch von Gesträuch in Anspruch genommen hatte, hat er, wie eingangs erwähnt, in seiner Eingabe vom 13. April 1895 sein Gesuch dahin gerichtet, daß die Anpflanzung von Gras und Blumen auf den Rabatten und ihre Einfassung mit bis zu 5 cm starken und bis zu 17 cm hohen Plättchen für zulässig erklärt werde. Der Architekt St. weist darauf hin, daß solche bis zu 17 cm hohe Plättchen sich über die Fläche des Hofs ähnlich hoch wie die Trottoirs mit ihren Randsteinen über die übrige Straße erheben, und führt aus, daß diese als Rasen angelegten und mit Blumen bepflanzten Rabatten, auch wenn kleinere Erhöhungen wie die durch die Randsteinplättchen gebildeten vorkommen, die Durchfahrt nicht hindern, wie auch die Randsteine der Trottoirs das Einfahren von der Straße in den Hofraum nicht hindern und deshalb in der Regel nur für häufiges Einfahren eiserne Kandelüberfahrten angebracht werden. Von dem K. Ministerium

des Innern ist in seiner Aeußerung vom 25. April 1895 ein Bedenken hinsichtlich der Einfassung der Rabatten mit bis zu 17 cm Höhe aufwärts gestellten Plättchen nicht geltend gemacht und es wird auch von dem Verwaltungsgerichtshof ein Anstand in dieser Beziehung im Hinblick auf die Vorschriften in § 7 Abs. 3 des Ortsbaustatuts nicht erhoben.

Dagegen ist von dem K. Ministerium in Beziehung auf die Verwendung der Rabatten zur Anlegung von Rasen und Anpflanzung von Blumen auch jetzt noch das Bedenken festgehalten, daß, wenn auch im einzelnen Fall auf Verlangen eine solche Anpflanzung in mehr oder weniger beschränkter Weise gestattet werden könnte und gestattet würde, doch schon der Konsequenz wegen nicht zuzulassen wäre, dies im Voraus in das freie Belieben des Einzelnen zu stellen, sondern die Möglichkeit offen gehalten werden müßte, die verschiedenen baupolizeilichen Rücksichten in jedem einzelnen Fall wahren zu können. Nach der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs giebt jedoch das bestehende Recht der Baupolizeibehörde keine Handhabe, dem Beschwerdeführer die Anpflanzung von Gras und Blumen in den Abständen allgemein und ohne weitere Begründung zu untersagen, so daß er auf die Nachsuchung einer besonderen Vergünstigung, insbesondere auch bezüglich der Gattung der Pflanzen, verwiesen wäre. Die Entscheidung des K. Ministeriums ist lediglich auf die Rechtsnormen des Art. 28 Abs. 1 der Bauordnung und des § 23 der Vollziehungsverfügung gestützt; es ist aber nicht anzuerkennen, daß durch die Anlegung von Rasen und die bloße Anpflanzung von Blumen — selbst hochwüchsiger Zierpflanzen, wenn sie nur nicht zu Sträuchen verholzen oder zu den Ziergehölzern gehören — die Einfahrten in einer mit den Feuerlöschzwecken unverträglichen Weise verschlossen werden könnten. Selbstverständlich ist, wie die Aufgabe der Polizeibehörden, für die Zugänglichkeit der Neben- und Rückseiten der Gebäude zu Feuerlöschzwecken zu sorgen, sich nicht in der Aufgabe, für die Herstellung und bauliche Erhaltung der Zu- und Durchfahrten zu sorgen, erschöpft, der Polizeibehörde jederzeit unbenommen, einer ersichtlich mit dem feuerpolizeilichen Interesse unvereinbar ge-

wordenen Benützung eines Gebäudeabstands zu einer Pflanzenanlage entgegenzutreten.

5. Die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern ist hienach rechtlich nicht begründet und, da hiedurch der Beschwerdeführer in einem ihm zustehenden Recht verletzt beziehungsweise mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet ist, außer Wirkung zu setzen.

Urteil vom 1. Mai 1895 in der Rechtsbeschwerdesache des Vereins für das Wohl der arbeitenden Klassen in Stuttgart.

3.

Unterlassung der rechtzeitigen Anmeldung eines landwirtschaftlichen Arbeiters zur Krankenversicherung; Befreiung von der Haftbarkeit nach § 50 des K.V.G. wegen entschuldbaren Irrtums über die Meldestelle.

Der Taglöhner Johannes Schrode von Oberstetten, der, früher Dienstknecht, seit seiner im Mai 1893 erfolgten Heirat sich als Taglöhner ernährte und im Juni und Juli 1893 je einige Tage bei dem Beklagten Anton Heinzelmann in Oberstetten in dessen landwirtschaftlichem Betriebe gearbeitet hatte, wurde von dem Beklagten am 3. August 1893 wieder als Taglöhner auf längere Zeit — über das Herbstgeschäft — eingestellt. Am andern Tag — 4. August — verunglückte Schrode beim Futterschneiden, so daß er längere Zeit erwerbsunfähig war, und am 5. August erstattete der Beklagte bei dem Ortsvorsteher in Oberstetten mündliche Anzeige von dem Unfall. Ob er den Schrode gleichzeitig, wenn auch nur im allgemeinen zur Krankenversicherung anmeldete, darüber herrscht Streit unter den Parteien.

Nun besteht für den Oberamtsbezirk Münsingen, ausschließlich der Gemeinde Laichingen, eine gemeinsame Ortskrankenkasse, Bezirkskrankenkasse (K.V.G. § 43), welcher nach statutarischer Bestimmung auch die in der Land- und Forstwirtschaft beschäftigten Arbeiter anzugehören haben (Statut § 2 Ziff. 8).

Hinsichtlich der Meldepflicht schließt sich das Statut der Bestimmung des Krankenversicherungsgesetzes § 49 Abs. 1 und 2 mit der Maßgabe an, daß die Anmeldung bei der Meldestelle des Beschäftigungsorts zu erfolgen hat (Statut § 10), und daß für jede zur Bezirkskrankenkasse gehörige Gemeinde eine örtliche Verwaltungsstelle vorgesehen ist, welcher die Entgegennahme der An- und Abmeldungen der Kassenmitglieder obliegt (Statut § 56 a, § 56 b). Die Verwaltungsstelle für die Gemeinde Oberstetten versah zur fraglichen Zeit der Amts- und Polizeidiener Schramm. Neben dieser Bezirkskrankenkasse ist für den Oberamtsbezirk vermöge Bezirksstatuts nach Maßgabe der landesrechtlichen Vorschriften als Einrichtung der Amtskorporation die Krankenpflege-Versicherung eingeführt, welcher hauptsächlich die Dienstboten, und zwar sowohl das Hausgesinde als das landwirtschaftliche Gesinde, angehören (Statut § 2 Ziff. 1). Die Entgegennahme der An- und Abmeldung der Versicherungspflichtigen liegt bei der Krankenpflegeversicherung den Ortsbehörden für die Arbeiterversicherung, in Oberstetten dem Ortsvorsteher, ob (Statut § 36). Der Ortsvorsteher in Oberstetten hat den Schrode in das Mitgliederverzeichnis bezw. Register zum Einzug der Beiträge zur Bezirkskrankenpflegeversicherung (auch Dienstbotenkrankenkasse benannt), wie er im oberamtlichen Vorverfahren angegeben und vor dem Verwaltungsgerichtshof bezeugt hat, irrtümlicherweise aufgenommen, aber als Arbeiter, nicht als Dienstknecht, und ebenso irrtümlich als Tag des Eintritts in die Beschäftigung den 22. Juli und als Tag des Austritts den 5. August eingetragen; es geschah dies, wie der Ortsvorsteher bezeugt hat, vielleicht acht Tage oder später, nachdem der Beklagte bei ihm erschienen war. Die Anmeldung bei der örtlichen Meldestelle der Bezirks-Krankenkasse erfolgte erst am 22. September 1893.

Für die Krankenunterstützung des Schrode sind der Bezirkskrankenkasse folgende Kosten erwachsen: a) Krankengeld 63 M. 75 Pf., b) Apothekerkosten 18 M. 15 Pf., c) Arztkosten 156 M. 60 Pf. zusammen 238 M. 50 Pf. Zufolge vereinbarten Rabatts hat aber die Bezirkskrankenkasse zu b) nur

16 M. 34 Pf., zu c) 109 M. 62 Pf. zusammen 189 M. 71 Pf. bezahlt.

Der Beklagte verweigerte die Zahlung der von ihm erstattet verlangten 238 M. 50 Pf. und das von der Bezirkskrankenkasse als Aufsichtsbehörde angerufene Oberamt Münsingen verneinte in dem Bescheid vom 8. September 1894 die Erstattungspflicht des Beklagten. Diese Entscheidung wurde von der Bezirkskrankenkasse rechtzeitig mittels Klage bei der K. Regierung für den Donaukreis angefochten und hat diese durch Urteil vom 30. März 1895 den Beklagten für verpflichtet erklärt, der Klägerin die von ihr auf den Schrode aufgewendeten Kur- und Verpflegungskosten einschließlich der gewährten Krankengelder im Betrage von 189 M. 71 Pf. zu ersetzen.

Auf die von dem Beklagten erhobene Berufung hat der Verwaltungsgerichtshof das Urteil der K. Kreisregierung abgeändert und die Klägerin mit der Klage abgewiesen.

Gründe:

1. Daß der Beklagte den Schrode, den er am 3. August 1893 als Taglöhner eingestellt hatte, spätestens am 7. August 1893 — der dritte Tag nach Beginn der Beschäftigung (6. August) fiel auf einen Sonntag (K.V.G. § 78 a) — bei der Bezirkskrankenkasse in Münsingen und zwar bei der örtlichen Verwaltungsstelle für die Gemeinde Oberstetten (Amts- und Polizeidiener Schramm) hätte anmelden sollen, kann keinem Zweifel unterliegen. Schrode war ein in dem landwirtschaftlichen Betrieb des Beklagten gegen Lohn beschäftigter Arbeiter, der als Taglöhner sich ernährte, gehörte also nicht zum landwirtschaftlichen Gesinde. Seine Beschäftigung war nicht durch die Natur ihres Gegenstandes oder im Voraus durch den Arbeitsvertrag auf den Zeitraum von weniger als einer Woche beschränkt, da er für längere Zeit, für das Herbstgeschäft, eingestellt war, das nach den in II. Instanz gemachten Angaben des Beklagten und des Schultheißen Sontheimer von Oberstetten zum mindesten mehrere Wochen in Anspruch genommen hätte. Die Versicherungspflichtigkeit des Schrode steht daher ebenso fest, wie seine Zugehörigkeit zu der Bezirkskrankenkasse, die vermöge statuta-

rischer Bestimmung der Amtskorporation Münsingen den reichsgesetzlichen Versicherungszwang auch auf die in der Landwirtschaft beschäftigten *Arbeiter* erstreckt hat. (Statut § 2 und 10, K.V.G. § 2 Abs. 1 Ziff. 6 und § 49; L. U.- und K.V.G. vom 5. Mai 1886 § 133; württembergisches Krankenpflege-Versicherungs-Gesetz vom $\frac{\text{16. Dezember 1888}}{\text{12. Mai 1893}}$ Art. 1 Abs. 1, 2).

Die *gesetzliche* Anmeldepflicht findet aber auch in *diesem* Falle der statutarischen Erstreckung der Versicherungspflicht unbeschränkte Anwendung (K.V.G. § 49, 54), wie dies auch § 10 des Statuts vorsieht.

2. Der Beklagte hat zwar in der ersten mündlichen Verhandlung in II. Instanz zunächst den Einwand erhoben, daß er überhaupt nicht anmeldepflichtig gewesen sei, weil im vorliegenden Fall von einem dauernden Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Arbeitgeber keine Rede sein könne und die Bestimmungen des § 142 L. U.- und K.V.G. Anwendung finden, wonach die Anmeldung erst erforderlich werde, wenn die Ueberweisung an die Krankenkasse des Bezirks des Wohnorts erfolgt sei, was bei Schrode nicht stattgefunden habe. Der Einwand ist jedoch an sich unbegründet. Der angeführte § 142 (und ebenso Statut § 2 b) läßt die *Möglichkeit* der Ueberweisung, falls die übrigen Voraussetzungen zutreffen, nicht bloß in dem Falle, wenn die Beschäftigung auf weniger als eine Woche beschränkt ist, sondern auch in dem Falle zu, wenn die Beschäftigung nach Maßgabe des § 1 K.V.G. die Versicherungspflicht begründet, also namentlich auch, wenn die Beschäftigung bei wechselnden Arbeitgebern auf eine Woche und länger berechnet ist, schließt aber die Möglichkeit der Ueberweisung dann aus, wenn im Fall der Versicherungspflichtigkeit der Beschäftigung ein dauerndes Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Arbeitgeber begründet wird. Der § 142 spricht aber den Grundsatz nicht aus, daß die unständigen landwirtschaftlichen Arbeiter, solange die Voraussetzungen zutreffen, zufolge deren sie überwiesen werden könnten, überhaupt nicht versicherungspflichtig seien, oder daß ihre nach

allgemeinen Grundsätzen mit der Beschäftigung kraft Gesetzes eintretende Versicherungspflicht wegfalle[1]).

An dem Einwand ist nur so viel richtig, daß nach § 142 Abs. 5 L. U.= und K.V.G. das Statut zu bestimmen hat, ob und inwieweit die Vorschriften des K.V.G. über die Anmeldepflicht — ebenso wie die Vorschriften über die Beitragseinzahlung und Zuschußpflicht — der Arbeitgeber dieser Personen, d. h. der überwiesenen Personen, nicht auch derjenigen, die nur hätten überwiesen werden können (v. Schicker a. a. O. S. 443 ff.), Anwendung finden sollen, und daß § 10a des Statuts bestimmt, daß bezüglich derjenigen unständigen land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter, welche der Krankenkasse überwiesen sind (§ 2b und § 7 Abs. 2), die Vorschriften des § 49 K.V.G. und des § 10 des Statuts nur dann Anwendung finden, wenn diese Arbeiter in ein dauerndes Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Arbeitgeber getreten sind. Da nun im vorliegenden Fall eine Ueberweisung des Schrode nicht stattgefunden hat, hingegen seine Versicherungspflichtigkeit und folgeweise die Anmeldepflicht des Beklagten als seines Arbeitgebers feststeht, so bedarf es eines Eingehens auf die kaum zweifelhafte Frage nicht, ob die Einstellung für das Herbstgeschäft auch ein dauerndes Arbeitsverhältnis zu dem Beklagten begründet hat oder nicht.

3. Auf Grund des Beweiseinzugs vor dem Verwaltungsgerichtshof ist als erwiesen anzunehmen, daß der Beklagte am 5. August den Schrode bei dem Ortsvorsteher in Oberstetten zur Krankenkasse angemeldet hat, wobei darüber, zu welcher Krankenkasse die Anmeldung erfolge, nichts besprochen worden ist. Es kann aber diese Anmeldung bei dem Ortsvorsteher statt bei dem Amtsdiener dem Beklagten nicht als Fahrlässigkeit zugerechnet werden. Zwar darüber war der Beklagte von Anfang

---

1) v. Woedtke, K.V.G. 4. Aufl., S. 522, 523 note 2 S. 524 n. 9, v. Schicker, L. U.= und K.V.G. S. 74 n. 3. Derselbe, K.V.G. 2. Aufl. S. 440 n. 10, 14 und zu Art. 6 des Gesetzes vom $\frac{16.\ \text{Dez.}\ 1888}{12.\ \text{Mai}\ 1893}$ S 770 n. 12, S. 787 n. 9, vgl. § 7 Abs. 2 des Statuts s. v. „Ausdehnung".

an im Klaren, daß Schrode, den er nur für das Herbstgeschäft eingestellt hatte, als landwirtschaftlicher Arbeiter und nicht als Dienstknecht bei ihm in Beschäftigung stand, und daß derselbe wegen des Unfalls Krankenunterstützung zu beanspruchen hatte. Denn andernfalls würde er ihn überhaupt nicht zur Krankenkasse angemeldet, sondern sich darauf beschränkt haben, in Erfüllung einer anderen, ihm als Unternehmer eines versicherten landwirtschaftlichen Betriebes obliegenden Pflicht von dem Unfall, der den Schrode im Betriebe betroffen und eine Arbeitsunfähigkeit desselben von mehr als drei Tagen zur Folge hatte, bei dem Ortsvorsteher als der Ortspolizeibehörde Anzeige zu erstatten (L.U.- und K.V.G. § 55, § 124 Abs. 2).

Wenn sodann der Beklagte behauptet hat, nicht gewußt zu haben, daß „auch" eine Bezirkskrankenkasse bestehe, so kann dahin gestellt bleiben, ob hierin ein Irrtum zu finden wäre, der die Haftung aus § 50 K.V.G. zu beseitigen vermöchte. Denn die Behauptung ist bei einem Mann, der sich der Pflicht zur Anzeige des Unfalls, sowie wenigstens im allgemeinen der Pflicht zur Anmeldung bei einer Krankenkasse bewußt war, nicht glaubwürdig und insbesondere ist nicht glaubhaft, daß ihm, abgesehen von den Aufforderungen zur Anmeldung im Amtsblatt, der Vorgang anfangs der 1890er Jahre, wo sich die mit der Ausführung der Erdarbeiten bei dem Bau der Wasserleitung beschäftigten Bürger von Oberstetten, darunter ein Sohn des Beklagten, gegen die Heranziehung zur Bezirkskrankenkasse gewehrt haben, unbekannt geblieben sein sollte. Es kann daher ohne weiteres angenommen werden, daß der Beklagte die Existenz der zwei Kassen (Bezirkskrankenkasse und Bezirkskrankenpflegeversicherung) kannte. Nur war er der irrigen Meinung, daß der Ortsvorsteher das gemeinsame örtliche Verwaltungsorgan für beide Kassen sei, und dieser Irrtum ist im vorliegenden Fall entschuldbar.

Es hat nämlich die auf Grund des neuen Vorbringens in II. Instanz angeordnete Beweisaufnahme folgendes ergeben: Der Ortsvorsteher war von Entstehung der Bezirkskrankenkasse an die örtliche Verwaltungsstelle für diese Kasse und besorgte, als später die Bezirkskrankenpflegeversicherung eingerichtet wurde,

dasselbe Geschäft auch bei dieser Kasse, so daß in seiner Hand das gesamte Meldewesen des Orts vereinigt war. Eine solche Vereinigung strebt auch die württemberg. Vollziehungsverfügung zum Krankenversicherungsgesetz vom 2. November 1892 § 54 Abs. 2 an. Als dem Ortsvorsteher die Arbeit zu viel wurde, gab er die erstere Stelle auf und wurde dieselbe im Jahr 1892 dem Amtsdiener übertragen, dieser Wechsel aber nicht öffentlich bekannt gemacht, während er nach der angeführten Vollziehungsverfügung § 54 Abs. 3 in der für die Verkündigung ortspolizeilicher Vorschriften üblichen Weise (vgl. Verfügung des Ministeriums des Innern vom 9. Januar 1872 Reg.-Bl. S. 16), also mindestens durch öffentliches Ausrufen in den Straßen, wie dies auf Veranlassung der Klägerin auch sonst geschieht, hätte bekannt gemacht werden sollen. Nun mag dennoch ein Teil der Einwohner von Oberstetten diesen Stellenwechsel in Erfahrung gebracht haben, wie der Zeugenaussage des Amtsdieners zu entnehmen ist; daß dies aber auch bei dem Beklagten der Fall war, dafür liegt kein Anhaltspunkt vor.

Das verschiedene Verfahren bei dem Einzug der Beiträge (durch den Ortsvorsteher auf dem Rathaus, durch den Amtsdiener in den Häusern) und die Art der Bekanntmachung des Einzugs der ersteren Beiträge (wonach die Dienstherrn aufgefordert werden, ihren „Beitrag zur Krankenkasse" auf dem Rathaus zu bezahlen) sind nicht dazu geeignet, den Wechsel zur allgemeinen Kenntnis zu bringen und die ortsübliche Bekanntmachung zu ersetzen. Sie bestärken eher die Annahme einer Fortdauer der gemeinsamen Meldestelle, zumal wenn man das Unterordnungsverhältnis zwischen Ortsvorsteher und Amtsdiener ins Auge faßt. Zudem haben zwei Zeugen, die Gemeinderäte sind, eidlich angegeben, daß sie von dem Stellenwechsel nichts gewußt haben und vor dem Unfall die Anmeldungen, wenn erforderlich, auch bei dem Ortsvorsteher gemacht hätten. Kann so dem Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß er die Anmeldung bei dem Ortsvorsteher anbrachte, den er ohne Verschulden noch als örtliches Organ der Bezirkskrankenkasse ansehen durfte, so könnte es sich nur noch fragen, ob ein Mangel

der erforderlichen Sorgfalt nicht darin zu erblicken wäre, daß der Beklagte die Anmeldung zur Krankenkasse nur im allgemeinen gemacht und die Anmeldung nicht so konkret gestaltet hat, daß daraus für den Meldungsempfänger zu ersehen war, daß die Anmeldung für die Bezirkskrankenkasse erfolge. Die Frage ist jedoch, wollte man ihr je eine maßgebende Bedeutung beilegen, im vorliegenden Fall deshalb zu verneinen, weil der Ortsvorsteher über die für die Kassenzugehörigkeit entscheidende Thatsache, daß Schrode landwirtschaftlicher Arbeiter und nicht Dienstknecht war, sich gar nicht im Zweifel befand, wie er dies bei seiner Vernehmung vor dem Verwaltungsgerichtshof anerkannt hat; vgl. auch das Mitgliederverzeichnis resp. Register .... Daß er aber den Schrode in das Mitgliederverzeichnis der sog. Dienstbotenkrankenkasse eingetragen hat, anstatt den Beklagten, wozu er der Nächstberufene war, zu belehren und an das zuständige Kassenorgan zu weisen, das beruht ausschließlich auf einem groben Versehen des Ortsvorstehers, das der Beklagte nicht zu vertreten hat.

Urteil vom 22. Januar 1896 in der Berufungssache des Oekonomen Anton Heinzelmann von Oberstetten gegen die Bezirkskrankenkasse Münsingen.

III.

Abhandlungen.

Ein Beitrag zur Lösung einer Kontroverse aus Novelle 115.

Von
Rechtsanwalt Leopold Löwenstein in Stuttgart.

1. Unter den vielen Streitfragen, welche die bekannte Novelle 115 hervorgerufen hat, nimmt eine hervorragende Stelle die vielfach und von den namhaftesten Rechtslehrern erörterte Frage ein, ob, wenn ein Testament in Folge der formellen Verletzung des Noterbenrechts ungültig ist, nur die in dem Testament für Fremde ausgesetzten Vermächtnisse in Gültigkeit bleiben, oder auch diejenigen, mit welchen der anfechtende Noterbe bedacht ist. Und merkwürdig! Während in der Theorie von den Zeiten der Glosse an bis in die neueste Zeit Streit über diese Frage geführt wurde und geführt wird, findet sich wenigstens in den mir zugänglichen Sammlungen von Rechtssprüchen kein Fall aufgeführt, in welchem diese Streitfrage ein Mal durch Richterspruch zur Entscheidung gekommen wäre. Und doch sollte man glauben, daß diese Frage schon oft praktisch zur Erörterung gekommen sein muß, da Fälle der bezeichneten Art der Natur der Sache nach nicht selten vorzukommen pflegen. Der Verfasser dies hatte Veranlassung, sich mit dieser Frage aus Veranlassung eines ihm übertragenen, im Jahr 1894 bei dem Landgericht in Stuttgart anhängig gemachten Rechtsstreites eingehend zu beschäftigen. In diesem Fall hatten 2 kinderlose Ehegatten sich in der auch sonst gewöhnlichen Weise mittelst eines korrespektiven Testaments gegenseitig zu Erben eingesetzt und bestimmt, daß nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten das gemeinschaft-

liche Vermögen je hälftig an die zu dieser Zeit am Leben befindlichen Intestaterben der Ehegatten fallen solle, und daß dies ähnlich auch dann stattzufinden habe, wenn der überlebende Ehegatte sich wieder verheirate. Die Ehefrau hatte bei der Erbeinsetzung eine betagte Mutter übergangen, die zur Zeit des im Jahr 1892 erfolgten Todes der Ersteren noch lebte. Unter den Parteien war, nachdem die Mutter ihr Erbrecht beansprucht hatte, nicht streitig, daß infolge dessen das Testament in Absicht auf die Erbeinsetzung nichtig, die ganze Verlassenschaftsmasse aber nach Abzug des von der Mutter gewählten und — jedoch ohne gleichzeitigen Abzug der trebellianischen Quart, württemb. Archiv Bd. 15, S. 397 — ihr gebührenden Pflichtteils zunächst an den Ehemann teilweise kraft Erbrechts, teilweise in Folge der Codicillarklausel kraft Universalvermächtnisses zu verabfolgen sei. Streitig war dagegen u. A., ob diese Ausfolge mit oder ohne Abzug der trebellianischen Quart für die 3 Geschwister der verstorbenen Ehefrau zu erfolgen habe, (diese vorzugsweise die Auslegung des Testaments berührende Frage soll hier nicht weiter zur Erörterung gelangen), vornämlich aber die Frage, ob die Mutter und die 3 Geschwister der verstorbenen Ehefrau berechtigt erscheinen, nach dem Tod oder bei der Wiederverheiratung des Ehemannes die Hälfte des Vermögens als Universalvermächtnis zu beanspruchen. Dieser Anspruch wurde von dem Verfasser dies aus verschiedenen Gründen, teilweise kraft der im Testament enthaltenen sog. privatorischen Klausel, wie auch aus anderen Rechtsgründen, vornämlich aber auf Grund der Novelle 115 und der entsprechenden Bestimmungen des Württemb. Landrechts in der eingereichten Feststellungsklage bekämpft. Nach der 1. mündlichen Verhandlung ordneten die Parteien ihr Verhältnis mittelst eines außergerichtlich abgeschlossenen Vergleichs, und so hatte das Gericht keine Veranlassung, sich über die verschiedenen Streitpunkte auszusprechen. So unternimmt es denn der Verfasser, seine damals gewonnene Rechtsanschauung in den württ. Jahrbüchern zu veröffentlichen. Zwar wird jene Streitfrage bei dem Inkrafttreten des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs von selbst verschwinden, da durch dasselbe das formelle

Noterbenrecht (im Gegensatz zum Pflichtteilsrecht) überhaupt beseitigt werden wird, in den Pflichtteil aber auch nach dem Entwurf konform mit dem bisher geltenden Recht Vermächtnisse aller Art einzurechnen sind [1]). Allein abgesehen davon, daß bis zum Inslebentreten des bürgerlichen Gesetzbuchs eine beträchtliche, wenn auch hoffentlich nicht mehr allzulange Spanne Zeit verfließen wird, wird auch nachher voraussichtlich das Studium des römischen Rechts — und dies wohl mit allem Grund — stets die Grundlage der juristischen Wissenschaft sein und bleiben.

II. Was das gemeine Recht betrifft, so kommen von den Gesetzesquellen selbst eigentlich nur die cap. 3 und 4 der Novelle 115 und in gewissem Sinn noch die L 5 § 2 D. de leg. präst. 37,5 in Betracht. Die Auslegung, insbesondere der Novelle war, wie sub I bereits bemerkt, von jeher eine streitige. Man wird es dem Praktiker zu gut halten, wenn er sich nicht veranlaßt sieht, die ganze umfangreiche Litteraturgeschichte der Kontroverse hier ausführlich zur Darstellung zu bringen. Finden sich ja wenigstens einzelne Argumente für und wider von Anfang an stets wieder. Und so mag in dieser Beziehung hier nur folgendes erwähnt werden: Die Verteidiger der einen Ansicht legten und legen von jeher den Hauptwert auf den Wortlaut der Novelle, wonach die Legate (überhaupt) zu Recht bestehen bleiben und demgemäß auch die den übergangenen oder mit Unrecht ausgeschlossenen Noterben ausgesetzten Legate im Falle der Nichtigkeit der Erbeinsetzung denselben zu gut kommen sollen, während die Verteidiger der anderen Ansicht sich vorzugsweise einesteils auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers, andernteils auf die Analogie des Pandektenrechts stützen. In dieser Weise stellt schon die Glosse des Accursius [2]) die verschiedenen Ansichten gegen einander, wobei nur noch mit Bezugnahme auf Bartolus angeführt wird, daß derjenige, welcher ein Testament anficht, unwürdig sei (!), etwas aus diesem Testament zu er-

1) Entwurf 1. Lesung, § 1975 u. f., insbesondere § 1980, — s. übrigens auch § 1782 —, Motive Bd. 5 S. 382 u. f, 2. Lesung § 2169 u. f., insbesondere § 2173.

2) Lyoner Ausgabe von 1519 S. 1316.

langen. Von den 2 größten Juristen des 16. Jahrhunderts, Donellus und Cujacius begründet der Erstere die 2. Ansicht ausführlich bei Erläuterung der sog. Authentica zu C. lib. 6 t. 28 de lib. praeter etc. Donellus bemerkt hiebei folgendes: Diejenigen Legate, welche ein Vater einem übergangenen Sohn hinterlassen habe, werden nicht aufrecht erhalten. Dies habe schon nach altem Recht gegolten (L. 2 D. de leg. 32) und das neue Recht (die Novelle 115) habe dies bestätigt, weil daselbst in dem § sive igitur ausdrücklich geschrieben stehe, daß im Fall der Uebergehung und Ausschließung die Legate ihre Kraft behalten, wie wenn das Testament nicht angefochten worden wäre. „Ex quibus verbis intelligimus, ea sola legata hic confirmari, quae valerent si heredes instituti hereditaten adiissent". — Cujacius behandelt, wenigstens soviel ich gefunden habe, die Kontroverse mit Bezugnahme auf die Novelle 115 nicht ex professo, wohl aber behandelt er die unten noch näher zu erwähnende L. 5 § 2 D. de leg. praest. 37,5 als geltendes Recht [2]), bemerkt dazu, es sei diese Vorschrift auch billig, und weiter: wenn ein Sohn die Erbschaft „commisso edicto" ab intestato bekomme, so erhalte er das Legat nicht als praecipuum, (d. h. als Legat), sondern eben in der Erbschaft. — Jedenfalls ist soviel sicher, daß, ob infolge der Autorität von Cujacius und Donellus oder aus anderen Gründen kann dahin gestellt bleiben, diese Ansicht bis in das gegenwärtige Jahrhundert hinein die communis opinio war [3]). Auch Bluntschli [4]) stellt sich auf diesen Standpunkt (S. 263—266) und ebenso Francke [5]), dieser hauptsächlich mit Berufung auf die oben citierte L. 5 § 2 D. de leg. praest. Erst Mühlenbruch wieder hat in dem eben bemerkten Werk mit ausführlicher Begründung die erstere

1) Kommentar zu dem angeführten Codextitel Ziff. 11, Ausgabe Lucae von 1763 Bd 9 S. 319 und 320.

2) Commentarii zu diesem Digestentitel, neapolitanische Ausgabe Bd. 8 S 64.

3) Vgl. hierüber Mühlenbruch in seiner nachher noch näher anzuführenden Abhandlung in Glücks Pandekten Bd. 37 S. 286 Note 51.

4) in seiner „Erbfolge gegen den letzten Willen" (1829).

5) Noterbenrecht (1831) S. 389.

Ansicht verteidigt. Da in nachstehender Ausführung diese Ansicht bekämpft werden soll, so mag hier die Darstellung Mühlenbruchs dem Wortlaut nach angeführt werden. Mühlenbruch sagt (S. 284—286):

„Ob die einem Noterben selber ausgesetzten Vermächtnisse als Prälegate gefordert werden können? ist streitig. — Bei der querela inoff. test. konnte davon nicht die Rede sein, da diese Klage ein Wegfallen aller Vermächtnisse zur Folge hatte [1]). Die contra tabulas bonorum possessio aber ließ die Vermächtnisse für die conjunctae personae zwar in der Regel bestehen, jedoch nicht in dem Falle, wenn die conjuncta persona selber die B. P. nachsuchte [2]).

Die Novelle nun spricht die Gültigkeit der Vermächtnisse ohne alle Einschränkung aus, und hinreichende Gründe, den allgemeinen Ausdruck des Gesetzes zu beschränken, giebt es nicht. Denn daß der Gesetzgeber wahrscheinlich den hier zur Folge stehenden Fall gar nicht vor Augen hatte und ihn vielleicht nach dem für die contra tabulas B. P. geltenden Rechte entschieden haben würde, wenn er daran gedacht hätte, rechtfertigt eine Restriktiv-Interpretation nicht. Indessen beruft man sich noch auf folgende Gründe: a) es widerstreite der Konsequenz, daß ein solcher Noterbe mehr erhalten solle, wie derjenige, den der Testierer einsetze, da er doch gegen diesen eine Liberalität habe ausüben, das Recht des Ersteren aber vermindern wollen; b) es sei nicht angemessen, daß Jemand Vorteile durch ein Testament erhalte, welches er doch selber impugniere [3]). — Der erste Grund ist dadurch leicht zu widerlegen, daß ja das Gesetz den Willen des Testierers, soweit derselbe die Erbeseinsetzung betrifft, für nichtig erklärt, mithin daraus auch weder für noch wider die Gültigkeit der Vermächtnisse irgend etwas gefolgert werden kann. Erheblicher würde an und für sich der zweite Grund sein, und, daß nicht erst durch die Klage, sondern durch das Gesetz der letzte Wille vernichtet wird, würde hier nichts bedeuten, indem es ja doch immer von dem Willen des Noterben abhängt, ob er das Testament bestehen lassen will, oder nicht. Immer aber ist es ein bloßer Billigkeitsgrund, der hier um so weniger gegen den allgemeinen Ausdruck des Gesetzes in Betracht kommen kann, als eines Teils nach dem früheren Rechte die Vermächtnisse ja überhaupt nur ausnahmsweise und

1) L. 8 § 16 D. de inoff. test. — Die Modifikationen davon kommen hier nicht in Betracht. M. s. darüber Glück Bd. XXXV S. 377 ff.

2) L. 5 § 2 D. de legat. praest (XXXVII 5). S. Glück Bd. 37 S. 21 ff.

3) Bartolus ad Auth. ex causa und Baldus ad Auth. ex causa Cod. de lib. praeter No. 59. — Bluntschli (a. a. O. S. 263 ff.) und Francke (a. a. O. S. 389), welche ebenfalls dieser Meinung sind, legen insonderheit auf den zweiten Grund Gewicht.

ex jure singulari bestehen blieben, anderenteils aber der Gesetzgeber in der Erwähnung der Hinterlassung eines Vermächtnisses ohne Erbeseinsetzung (cap. 5 pr.) gewiß eine sehr nahe Veranlassung fand, diesen Punkt anders zu bestimmen, folglich daraus, daß dies nicht geschah, wohl geschlossen werden darf, er habe es hier bei der allgemeinen Bestimmung bewenden lassen wollen. Darum verdient denn also, — wenigstens nach einer strengen und konsequenten Theorie, die Meinung den Vorzug, daß der Noterbe die ihm selber hinterlassenen Vermächtnisse fordern dürfe [1])."

Von den neueren Rechtslehrern stehen auf dem Standpunkt von Mühlenbruch Vangerow, Pand. § 485, Sintenis, Pand. § 199 Anm. 2, Arndts in Weiskes Rechtslexikon Bd. 8 S. 153, Schmidt, Noterbenrecht S. 180, u. A., auf dem Bluntschli-Francke'schen Standpunkt: Windscheid, Pand. § 591 bei und in Note 16, Dernburg, Pand. Bd. 3 § 154 sub 2, neueste 4. Aufl. S. 309, u. A.

III. Wenn es sich nun darum handelt, den wahren Sinn des Gesetzes im gemeinen Recht zu eruieren, so ist

1) vor allem die Frage aufzuwerfen, ob denn wirklich der Wortlaut der Novelle (für sich allein betrachtet) die Ansicht stützt, daß auch die dem verletzten Noterben vermachten Legate (diesen Ausdruck hier stets im weiteren, auch die Universalvermächtnisse umfassenden Sinn gebraucht) im Falle der Umstoßung der Erbeinsetzung aufrecht erhalten bleiben. Es ist zuzugeben, daß das Gesetz selbst einen direkten, ausdrücklichen Unterschied nicht macht, und daß auch der oben angeführte, von Donellus aus dem Wortlaut gezogene Schluß kein zwingender ist. Dagegen ist der Wortlaut von cap 3, § 14 der Novelle gegen den Schluß ins Auge zu fassen. Wenn es hier heißt, daß die Erben verpflichtet sind, das bezüglich der Legate rc. im Testament Verordnete „impleri, iisque dare jubemus, quibus relicta sunt, quasi ab hac parte testamentum non eversum valeat"

1) Schon unter den Glossatoren war diese Frage streitig (s. die Accursische Glosse ad L. 4 Cod. de lib. praet. v. totius substantiae Gl. 5). Die meisten behaupteten Gültigkeit solcher Legate. Das Gegenteil aber, welches freilich außer der Analogie der früheren Rechtsbestimmungen auch die Billigkeit für sich hat, erklärt A. Gail (observ. pract. Lib. II c. 13 Nr. 6) für die gemeine Meinung

(vgl. auch die Verweisung hierauf in cap IV § 9), so können diese Worte naturgemäß nicht anders verstanden werden, als daß es sich hier nicht um ein Recht des Noterben, das ihm ausgesetzte Legat zu behalten, sondern um eine Pflicht zur Auszahlung d. h. an Dritte, welchen der Erbe dasjenige geben muß, was jenen der Erblasser als Legat 2c. hinterlassen hat, handelt. Hätte Justinian auch den Fall im Auge gehabt, daß auch das dem übergangenen und in Folge der Rescission des Testaments zum Intestaterben gewordenen Noterben vermachte Legat auszubezahlen sei, mit andern Worten, daß sich nunmehr das Legat in ein Prälegat verwandle und demgemäß, sofern es sich um den auf die Erbsportion des Noterben fallenden Teil des Legats handle, dasselbe nichtig sei [1]), so hätte er sich ganz anders ausdrücken müssen und sicher auch ganz anders ausgedrückt. So heißt es denn auch in cap. III § 14 vor dem zitierten Schluß, daß die enterbten Kinder „ad hereditatem parentum ab intestato aequis partibus" gelangen und es ist, wenn in dem unmittelbar darauffolgenden Satz von den auszubezahlenden Legaten die Rede ist, auch hiernach der Schluß naheliegend, daß die Worte: „zur elterlichen Erbschaft" gelangen, eine bewußte Beschränkung und einen bewußten Gegensatz zu den (an Dritte zu bezahlenden) Legaten bilden. — Damit fällt aber von selbst die Hauptstütze der gegenteiligen Ansicht.

2) Im Zusammenhang damit steht der Umstand, daß Justinian zu gleicher Zeit und in derselben Novelle 115 nicht bloß über das formelle Noterbenrecht, sondern auch über das (materielle) Pflichtteilsrecht derselben Personen und zwar positiv und sogar grammatikalisch anknüpfend an das formelle Noterbenrecht Bestimmungen getroffen hat (Nov. 115 cap. 5). Wenn man nun auch die Ansicht Dernburgs [1]), wonach, weil für die Vorschriften Justinians, Deszendenten und Aszendenten mit einer Erbeinsetzung zu ehren „in Deutschland jede Empfindung fehle", jede letztwillige Zuwendung an den Deszendenten oder Aszendenten genüge und nach der gemeinrechtlichen Praxis im Zweifel als eine Erbeseinsetzung, eventuell auf

1) Windscheid, § 627 bei und in Note 3.

eine bestimmte Sache anzusehen sei, wenn man, sage ich, auch diese Ansicht Dernburgs, welche das positive Recht nicht auslegt, sondern zu korrigieren versucht, als viel zu weit gehend ansehen muß, so ist doch auf der andern Seite so viel sicher, daß das Nullitätssystem des neuesten Justinianeischen Rechts „sich mit dem Inoffiziositätssystem ganz nahe berührt"[2]). Wenn weiter dem formellen Noterbenrecht durch Erbeinsetzung auf eine res certa, z. B. auf einen Ring, Genüge geleistet wird, und wenn in einem solchen Fall Deszendenten und Aszendenten bloß Ergänzung ihres Pflichtteils verlangen können, in welchen sie nach Novellenrecht die ihnen verschafften Vermächtnisse einzurechnen haben[3]), so würde bei Annahme der andern Ansicht die Ungeheuerlichkeit entstehen, daß im Fall der Verletzung des formellen Noterbenrechts der Noterbe die ihm verschafften Legate nicht in seinen Pflichtteil einzurechnen habe, sondern daneben behalten dürfe! Daß Justinian bei der so engen Verbindung beider Vorschriften in einem und demselben Gesetz einer derartigen, die schwersten materiellen Folgen nach sich ziehenden Inkonsequenz sich sollte schuldig gemacht haben, ist doch sicherlich nicht anzunehmen, zumal da die Folgerung für Jeden sofort und außerordentlich nahe lag. Nehmen wir den Fall: Ein Vater hat 2 Kinder und ein Vermögen von 40 000 M., bestehend in einem Geschäftshaus im Wert von 20 000 M. und in 20 000 M. Kapitalien. In seinem Testament setzt er den Sohn A, welcher Beamter ist, zum Erben ein und weist ihm die 20 000 M. Kapitalien zu, dem Sohn B, welcher Kaufmann ist und das Geschäftshaus übernehmen soll, vermacht er letzteres kraft ausdrücklichen und unzweifelhaften Legats (das Wort allein wäre ja nicht entscheidend [4]) — und übersieht ihn zum Erben einzusetzen. Nun würde nach der gegenteiligen Ansicht B, wenn er das Testament als nichtig ansicht, sein Haus

1) Pand. Bd. 3 § 153 sub 2, 4. Aufl. S. 306 u. ff.,

2) Windscheid, § 591 bei und in Note 13.

3) Windscheid, § 588 bei und in Note 2, und Francke daselbst citiert.

4) vgl. Windscheid, § 546 bei Note 7 und 8.

behalten und seinem Bruder von dessen Erbsportion 10 000 M. wegnehmen! ! (Im Fall der Anwendung der Kodizillarklausel würde allerdings eine erhebliche Milderung eintreten). — Das eine hierher gehörige, oben angeführte Argument Mühlenbruchs verkehrt sich also in das Gegenteil.

3. Vor allem entscheidend erachte ich aber folgende Erwägung: Wie ein roter Faden zieht sich durch die ganze römisch-rechtliche Lehre von den letztwilligen Verfügungen der allgemeine, leitende Satz hindurch, daß noch mehr als bei der Auslegung und Aufrechterhaltung der Verträge (wobei ebenfalls in erster Linie die Intention der Kontrahenten maßgebend ist), der Wille des Testators zu erforschen und, soweit nicht eine spezielle lex cogens entgegensteht, aufrecht zu erhalten ist [1]).

Nun ist es wenigstens für die Regel und in Ermangelung besonderer, im einzelnen Ausnahmsfall entgegenstehender Anhaltspunkte undenkbar, daß ein Testator, welcher einen Noterben ausdrücklich enterbt oder wissentlich präteriert, demselben aber ein Legat zuwendet, den präsumtiven Willen gehabt haben soll, einem solchen Noterben, wenn er gegen das Testament Erbe wird, dennoch das Legat zuzuwenden. Es ist in einem solchen Fall Sache des Bedachten, wenn z. B. das Legat bedeutend ist, es sich zu überlegen, ob er sich nicht damit begnügen will, bezw. ob er nicht damit sogar besser fährt. Freilich sagt Mühlenbruch an der oben angeführten Stelle, das Gesetz erkläre ja den Willen des Testators, soweit er die Erbeinsetzung betrifft, für nichtig, und es könne mithin daraus auch weder für noch wider die Gültigkeit der Vermächtnisse irgend etwas gefolgert werden. Dieser Einwand trifft aber nicht den Kern der Sache. Der Wille des Testators ist oder wird vielmehr freilich in Betreff der Erbeinsetzung nichtig und es schenkt das Gesetz dem Willen insoweit keine Beachtung. Die Frage ist aber allein die, ob der Testator

1) L. 12 D. de R. J. 50,17, L. 24 D. de reb. dub. 34,5, L. 9 § 5 D. de her. inst. 28,5, **Windscheid** § 546 Nr. 1 und die Citate daselbst, **Dernburg**, Pand., Bd. 3 § 78 bei und in Note 9, **Mühlenbruch** bei Glück Bd. 38 S. 441 und ff. und speziell, was die württemb. Praxis betrifft, württ. Jahrbücher Bd. 1 S. 8 und württ. Archiv Bd. 22 S. 362.

für den Fall, daß er diese Wirkung des Gesetzes vorausgesehen oder eventuell ins Auge gefaßt hätte, dem Noterben das Legat zugewendet haben würde und ob es demgemäß seinem eventuellen Willen entspricht, einem zur Erbschaft dennoch gegen seinen Willen Berufenen das Legat zuzuwenden. Eine derartige Ergänzung der testamentarischen Verfügung des Erblassers als in seinem, wenn auch nicht ausgesprochenen, so doch vermuteten Willen gelegen, ist ja auch sonst mehrfach in den Quellen als statthaft erklärt [1]). Auf das gleiche Resultat kommt man übrigens auch von einem andern Gesichtspunkt aus: Die beiden Verfügungen des Testators lassen sich nämlich in Absicht auf dessen entscheidende Willensrichtung nicht trennen, sondern sind einheitliche und seinem Willen gemäß innerlich zusammenhängende.

Fällt also die eine kraft Gesetzes, so muß die andere ebenfalls und zwar gemäß des vermuteten Willens des Testators fallen (vgl. auch hierher das oben sub. 2. aufgeführte Beispiel einer testamentarischen Verfügung). Für diese Anschauung läßt sich überdies noch speziell die ratio legis (Novelle 115) anführen. Denn die Bestimmung der letzteren, wonach im Gegensatz zum Pandektenrecht, das im Falle der bon. poss. contra tabulas bloß einzelne Legate aufrecht erhielt [2]), nunmehr alle Legate und sonstige ähnliche Bestimmungen des Erblassers aufrecht erhalten werden [3]), kann ihren inneren Grund bloß darin haben, daß der Wille des Testators, soweit derselbe nicht direkt gegen das formelle Noterbenrecht verstößt, möglichst aufrecht erhalten werden soll. Von diesem Gesichtspunkt aus sind auch unter allen Umständen die von den Verteidigern dieser Anschauung angeführten Pandektenstellen, insbesondere L. 5 § 2 D. de leg. praest. 37,5 von erheblicher Bedeutung, wenn man auch, was allerdings zweifelhaft ist, dahin gestellt sein läßt, ob

1) vgl. z. B. L. 36 pr. C. de inoff. test. 3,28, und dazu Windscheid, § 582 Nr. 6.

2) Windscheid, § 577 bei Nr. 7.

3) vgl. hierüber insbesondere die prägnante Bestimmung in Novelle 115 cap IV § 9 in den Worten: sin autem quid etc.

diese Gesetzesstellen nach dem neueren (Novellen-) Recht und abgelöst von dem jedenfalls durch die Novelle antiquierten Institut der bon. poss. contra tab., im Prinzip wenigstens noch formell gesetzliche Kraft haben. Denn wenn Ulpian hier sagt: omnibus autem liberis praestari legata Praetor voluit, exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem Praetor dedit ex causis supra scriptis; nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere. Constituere igitur apud se debet, utrum contra tabulas bonorum possessionem petat, an vero legatum persequatur: si elegerit contra tabulas, non habebit legatum, si legatum elegerit, eo jure utimur, ne petat bonorum possessionem contra tabulas, so tritt hierin sowohl die Achtung vor dem präsumtiven Willen des Testators, wie der gesunde Menschenverstand und das feine juristische Gefühl des römischen Richters und Rechtsgelehrten klar zu Tage.

Noch heute gilt in dieser Beziehung, was Bluntschli [1]) von den römischen Juristen sagt, daß sie nicht abgöttisch den starren Buchstaben des Gesetzes verehrten und ihm den Geist des Rechts opferten und daß sie mit Fug die lebendige Stimme des Rechts heißen [2]). Auch wir haben keinen Grund, wenn je auch sonst nichts für die hier verteidigte Ansicht sprechen würde, dem Kaiser Justinian eine gesetzliche Bestimmung zu supponieren, die mit dem gesunden Menschenverstand ebenso sehr, wie mit der juristischen Konsequenz im Widerspruch sich befinden würde [3]).

IV. Eine besondere Erörterung erheischt der Fall, wenn neben dem die Verletzung zur Geltung bringenden Noterben noch weitere, mit demselben gleichberechtigte Intestaterben, welche aber keine Noterben sind, vorhanden sind. Es entsteht hier die Frage, ob diese Intestaterben im Falle der Umstoßung des Testa-

1) in seiner oben erwähnten Schrift (S. 94).

2) Vgl. auch ebendaselbst S. 266.

3) Vgl. auch das ursprüngliche betr. prätorische Edikt, das in der L. 1 pr. D. de leg. praest. 37,5 sich nicht vollständig findet, bei Mühlenbruch in Glücks Pand., Bd. 37 S. 21, vornäm ich der letzte Satz dieses Edikts.

ments durch den verletzten Noterben, falls sie wirklich die Erbschaft auch ab intestato antreten, die ihnen im Testament ausgesetzten Vermächtnisse noch besonders daneben behalten oder nicht. Diese Frage war in dem Eingangs sub I erwähnten Rechtsfall praktisch, da (nach dem unten sub V noch zu erwähnenden württ. Partikularrecht) neben der Mutter als Erbin auch drei Geschwister der verstorbenen Ehefrau als gleichberechtigte Intestaterben die Erbschaft angetreten hatten. Vom Standpunkt des gemeinen Rechts bedarf diese Frage dann keiner Erörterung, wenn man annimmt, daß die Novelle 115 das sog. Inoffiziositätssystem oder das System verfolge, wonach erst und bloß durch die Erklärung des Noterben, von seinem Noterbenrecht Gebrauch machen zu wollen, die Intestaterbfolge und zwar bloß zu Gunsten des bemerkten Noterben eintrete [1]). Nimmt man aber Nichtigkeit des Testaments bezüglich der Erbeinsetzung überhaupt in der einen oder andern Art wegen Verletzung des Noterbenrechts an (eine Erörterung dieser Streitfrage fällt außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung), wie dies auch seitens des Reichsgerichts geschieht [2]), so ist die Erörterung jener Frage nicht zu umgehen. Ich nehme keinen Anstand, die Frage dahin zu entscheiden, daß in einem solchen Fall die Intestaterben überhaupt und nicht bloß die Noterben die ihnen im angegriffenen Testament besonders ausgesetzten Vermächtnisse neben ihrer Intestatportion nicht verlangen können. Denn die sub III. 2. und 3. oben ausgeführten Gründe passen vollständig auch auf diesen Fall, insbesondere ist auch hier der präsumtive Wille des Erblassers entscheidend. Allerdings paßt der eine auch mannchfach für die richtige Ansicht ins Feld geführte Grund, daß derjenige, welcher ein Testament impugniere, nicht würdig sei, mehr zu erhalten, als der im Testament eingesetzte, nicht auf diesen Fall. Allein diesen Grund halte ich, sofern er sich nicht auf den Willen des Testators stützt, überhaupt für unrichtig, da der

1) Vgl. hierüber Dernburg, Bd. 3 § 154 sub c. 4. Aufl. S. 310 Windscheid, § 591 sub d, bei und in N. 12—15.

2) Entscheidungen Bd. 11 S. 231 u. ff. u. über die verschiedenen Systeme Windscheid, § 591 sub a—d.

Angriff eines verletzten Noterben auf das Testament sein Recht ist. Ich habe denn auch diesen Grund sub III. nicht angeführt. — Man kann dem auch nicht entgegenhalten, daß ja die Nichtigkeit der Erbeinsetzung ohne den Willen jener Erben herbeigeführt werde. Denn es steht denselben stets frei, den Inhalt des Testaments auch bezüglich der Erbeinsetzung ihrerseits gegenüber von den Testamentserben ausdrücklich anzuerkennen, wodurch bewirkt wird, daß das Testament, soweit es sich um ihre Intestaterbteile handelt, jedenfalls praktisch in Kraft bleibt[1]). Und es mag hiebei auch noch auf die aus dem Pandektenrecht hergenommene, zutreffende Analogie hingewiesen werden, wonach derjenige, welcher nicht kraft eigenen Rechts, sondern commisso per alium edicto die bonorum possessio contra tabulas zu agnoszieren berechtigt war, auch bloß die Wahl hatte, ob er die Erbschaft antreten (die b. p. c. t. agnoszieren), oder das ihm ausgesetzte Legat erwerben wollte[2]).

V. Was das württembergische Partikularrecht betrifft, so ist folgendes zu bemerken: Das württembergische Landrecht hat bekanntlich im wesentlichen das sogen. gemischte System[3]) adoptiert, wonach, wenn die vorgeschriebene Form im Testament nicht eingehalten ist, Nichtigkeit von Anfang an vorhanden ist, im Falle der förmlichen Enterbung, wenn der Enterbungsgrund nicht vorhanden oder nicht erweislich ist, aber Anfechtung mittelst der Inoffiziositätsquerel stattfindet, in beiden Fällen aber abgesehen von der Erbeseinsetzung der übrige Inhalt des Testaments aufrecht erhalten bleibt[4]).

Von den Schriftstellern, welche das württembergische Recht abhandeln, berührt meines Wissens keiner die oben erörterte Streitfrage. Es ist aber m. E., wenn je bezüglich des gemeinen Rechts noch ein Zweifel übrig bleiben sollte, jedenfalls darüber kein Zweifel möglich, daß das württembergische Landrecht po-

1) Windscheid, § 566, auch 585 bei und in Nr. 3.

2) Francke, Noterbenrecht S. 136, 137, 146 und die oben citierte L. 5 § 2 D. de leg. praest. 37,5.

3) Windscheid, § 591 bei und in Note 5.

4) Landrecht III t. 14 § 2, t. 17 § 3, 5, t. 18 § 8, t. 20 § 9.

sitiv auf dem Standpunkt der hier verteidigten Ansicht steht. Schon oben sub II. wurde dargelegt, daß zur Zeit der Emanierung des 1. Landrechts diese Ansicht die communis opinio war. Vor allem war dies auch bei denjenigen Rechtsgelehrten der Fall, welche bei der Abfassung des württembergischen Landrechts thätig waren. Und es haben denn auch dieselben ihrer Meinung in den Vorarbeiten zum Landrecht deutlich und mehrfach Ausdruck gegeben. Ich kann in dieser Beziehung statt alles Weiteren auf Faber-Schloßberger, Landrechtsakten S. 394 und S. 403 u. ff. verweisen. Daselbst werden die einschlägigen (späteren) Landrechtsparagraphen, insbesondere Teil 3 t 20 § 9 ausdrücklich abgehandelt und es wird hier insbesondere auf Bartolus und Gail Bezug genommen, welche, wie wir oben gesehen haben, gerade zu den Hauptverteidigern der (damals herrschenden) Ansicht gehörten. Man kann auch mit Fug sagen, daß die Verfasser des Landrechts diese ihre Meinung auch im Landrechtstext selbst zum Ausdruck gebracht haben. Denn wenn es im Landrecht Teil 3 t 17 § 5 heißt, daß die enterbte Person mit andern Erben ab intestato zur Erbschaft zugelassen werde und weiter: „Was aber außerhalb der Erbsatzung in einem solchen Testament der Legaten halber und sonsten verordnet, sind die Erben nichts desto weniger zu vollziehen schuldig", so kann nach dem gewöhnlichen und natürlichen Sprachgebrauch (vgl. auch hierüber oben sub III., 1.) bloß eine Auflage Dritten gegenüber darunter verstanden werden[2].

2) Sowohl Mühlenbruch in der oben angeführten Note 51, wie auch Faber-Schloßberger, S. 404 citieren Gail falsch. Das richtige Citat muß heißen: Gail observ. pract. Lib. II observ. 113 Nr. 6.

IV.

Miszellen.

1. Ludwig Uhlands Advokaten-Examen.

Aus den Akten des K. Justizministeriums mitgeteilt von Landgerichtsrat Schwab in Stuttgart.

Am 4. August 1808 kam bei dem Justizministerium in Stuttgart eine an den König gerichtete Eingabe vom 31. Juli 1808 ein, worinder „Juris Candidatus Johann Ludwig Uhland, von Tübingen gebürtig, Sohn des Universitäts-Sekretarius Uhland" unter Beilegung eines Zeugnisses der Tübinger Juristen-Fakultät „allerunterthänigst um Zulassung zum Advokaten-Examen und sodann um allergnädigste Aufnahme unter die Königlichen Advokaten" bittet. In dem Zeugnis der Juristen-Fakultät vom 8. Juli 1808 ist bezeugt, daß „Herr Juris Candidatus Johann Ludwig Uhland, von Tübingen gebürtig, während seines vierthalbjährigen juridischen Kursus die Vorlesungen über Encyklopaedie und Methodologie, Naturrecht, Institutionen, Reichs-Geschichte, Pandekten, Encyklopaedie der Staatswissenschaft, allgemeines Staatsrecht, peinliches Recht, Lehen-Recht, geistliches Recht, Württembergisches Privatrecht, den Konkurs, auch ein praktisches mit Ausarbeitungen verbundenes Kollegium fleißig besucht, überhaupt neben einer vorzüglich guten Aufführung seine akademische Studien mit ausnehmendem Fleiße getrieben, und in den von Uns mit ihme vorgenommenen beiden Examinibus pro gradu gute juridische Kenntnisse gezeigt habe".

Vom Justizministerium wurde sofort das „Exhibitum" des Rechtskandidaten Uhland den Obertribunalräten von Elsäßer[1])

1) Großvater (mütterlicherseits) des Dichters Wilhelm Hauff.

und von Eisenbach in Tübingen zugefertigt, um das gesetzliche Advokaten-Examen mit dem „Supplikanten“ vorzunehmen und über das Resultat unter Anschluß der Examinationsakten Bericht zu erstatten.

In Ausführung dieses Auftrags wurden dem Kandidaten die Appellations-Akten von Waiblingen in Sachen der Königlichen Oberfinanzkammer ca die Häberlen'sche Gantmasse zur Abfassung eines rechtlichen Responsums, sowie die Appellations-Akten von Urach Benzenöder ca Reich zur Fertigung der Prozeßschriften als Sachwalter beider Teile zugestellt. Ferner wurde ihm eine Anzahl schriftlicher Rechtsfragen übergeben, welche er in der Kanzlei zu beantworten hatte, und endlich wurde er noch von beiden Examinatoren mündlich geprüft.

Der Examinator von Eisenbach legte dem Kandidaten 18 schriftliche Fragen in lateinischer Sprache vor. (Praenobilissimo Domino Juris Candidato Johanni Ludovico Uhland, Tubingensi, aet. 21, proponit quasdam Juris Quaestiones, ab eo justis responsionibus v. latina v. germanica lingua excipiendas, Dr. Joh. Fried. de Eisenbach). Die Antworten Uhlands (ad quaestiones generosissimi Dni de Eisenbach) sind gleichfalls in lateinischer Sprache abgefaßt. Mit Ausnahme von dreien, auf das Kriminalrecht, den Zivilprozeß und das württembergische Privatrecht bezüglichen Fragen sind sämtliche, teilweise ausführlich, beantwortet. Einige Beispiele mögen angeführt sein.

Qu. 3.	ad qu. 3.
Querela inofficiosi testamenti f r a t r i b u s datur, si turpis persona ipsis praelata — quaeritur: quibus?	Germanis et consanguineis, penitus autem arceantur uterini.
Qu. 4.	ad qu. 4.
At! Quid iuris, si simul turpis et honesta persona institutae sunt? An cessat querela nec ne?	Haud cessat querela, et est is singularis ille casus, quo cui ex testamento et ab intestato simul succeditur.

Qu. 5.

Si patre mortuo a noverca gravida hereditatem petunt paternam filii — quot partes utero interim servandae sunt, si speratur posthumus frater vel soror una cum iam natis patri succeduri?

ad qu. 5.

Reservantur utero tres partes, poterat enim fieri, ut tergemini nascerentur.

Qu. 6

Quomodo differt fidejussor succedaneus a fidejussore indemnitatis?

ad. qu. 6.

Fidejussor succedaneus est ad id tantum obligatus, quod is, pro quo ille fidejubet, principaliter debet. — Fidejussor indemnitatis autem omne damnum, quod debitoris dolo culpave creditori emergere posset, suscipit.

Qu. 17.

Quis in negotio cambiali dicitur Remittens, quis Trassans, quis Praesentans et quis Acceptans?

ad. qu. 17.

Trassans est, qui edit cambium trassatum.

Remittens, qui illud a Trassante accipit, numerata quam dicunt, valuta.

Praesentans, qui cambium ad acceptationem proponit, sive is sit Remittens, sive Indossatarius.

Acceptans, qui pecuniam cambialem se soluturum promittit, et id in ipso cambio testatur, et potest is esse vel Trassatus vel Acceptans pro honore.

Auch von den seitens des Examinators von Elsäßer in deutscher Sprache vorgelegten, von dem Kandidaten sämtlich beantworteten Fragen mögen einige folgen:

Frage 6.	Zu Frage 6.
Wird der canon erhöht, wenn der ager emphyteuticus durch Zufälle, z. E. Alluvion, erweitert wird?	Der canon wird nicht erhöht, weil er nicht in compensationem fructuum, sondern in recognitionem dominii directi konstituiert ist.
Frage 12.	**Zu Frage 12.**
Was muß bei der Ladung in dem gewöhnlichen bürgerlichen Prozeß wesentlich beobachtet werden?	Die Ladung muß den Namen und Charakter des Vorzuladenden, die Absicht, wozu er citiert wird, die Zeit, wann er erscheinen soll, und die Benennung des Gerichtes, vor das er geladen wird, enthalten.
Frage 14.	**Zu Frage 14.**
Was bezeichnet der Ausdruck argumento legis?	Den Schluß aus den Verordnungen eines Gesetzes auf analoge Rechtsverhältnisse.

Das von Uhland ausgearbeitete rechtliche Responsum (50 Folioseiten) gelangt nach einer ausführlichen Darstellung der „faktischen Umstände und prozessualischen Verhandlungen“ und nach eingehender rechtlicher Würdigung zu dem Ergebnis: „Es möchte diesem Allem nach den Parthieen zu eröffnen seyn folgende

Urthel:

In Sachen Rechtens sich haltend zwischen Königlicher Ober-Finanz-Kammer, Implorantin an einem, gegen Jakob Mergenthaler von Hohnacker, Waiblinger Oberamts, als gerichtlich verordneten Güterpfleger des Balthas Häberlen von dar, gewesenen Herrschaftlichen Hofgutbeständers zu Hochdorf,

Imploraten am andern Theil, wird hiemit nach allem gerichtlichen Vorbringen und erfolgter Aktenversendung durch Urthel zu Recht erkannt:

daß Königliche Ober-Finanz-Kammer mit der eingeklagten Forderung wegen rückständiger Bestandfrucht à 735 fl. 7 kr. samt Verzugszinsen zur Hälfte aus der Häberlenschen Concursmasse zu befriedigen, und damit in Rücksicht der Special- sowohl als General-Hypothek unter die gerichtlichen Pfandgläubiger in die dritte Classe zu lociren, mit der andern Hälfte aber an das Vermögen der Ehefrau zu verweisen, auch letztere in subsidium für die ganze Forderung zu haften schuldig seye, wohingegen die Gantkuratel von der weitern Interessforderung à 2413 fl. 7 kr. sowie von den Reisekosten à 9 fl. 24 kr. gänzlich absolviert wird, die Versendungskosten aber von jedem Theil zur Hälfte zu tragen sind.

V. R. W."

In der Rechtssache zwischen Daniel Benzenöder, Bürgermeister und Kronenwirth zu Grosglattbach, JNTen und ANTen, und Johann Georg Reich, Rathsverwandten und Metzger zu Urach, JATen und ATen, betreffend die Gewährschaft für ein erkauftes Pferd, in welcher Sache der Kandidat die Prozeßschriften der Sachwalter beider Teile zu fertigen hatte, bilden den Beginn die Schriftsätze in puncto legitimationis personarum et justificationis formalium appellationis. Im Namen des Imploranten und Appellanten „erscheint in Unterthänigkeit der Obertribunalsprokurator Titius, berichtigt die Legitimation zum Prozeß durch die mit einem Stempelbogen versehene, in Unterthänigkeit zu überreichende Vollmacht, welche dem Gegentheile bereits extrajudicialiter mitgetheilt worden, und ist des gegnerischen Erscheinens gewärtig." Gegen den Bescheid des Stadtgerichts Urach vom 6. April 1803, wodurch die Klage abgewiesen worden war, „appellirte JNT durch einen gehörig legitimirten Anwalt am 13. April 1803 vor dem actuario judicii und einem bei der Urthel gesessenen Richter an das damalige Herzogliche Hofgericht und bat um Ausfertigung der

Akten. Diese legte derselbe auf die den 3. May 1803 erfolgte Denunciation den 18. desselben Monats samt der Taxe bei der damaligen Churfürstlichen Hofgerichts-Expedition ein und beobachtete sonach alle gesetzliche Formen der Appellation. Da überdieß diese Rechtssache der Appellationssumme nach allerdings an das ehemalige Hofgericht erwachsen war, nunmehr aber an ein Königlich Höchstpreisliches Oberappellationstribunal gewiesen worden, so rechtfertigt sich durch dieses Alles die Appellation hinlänglich und der ANTische Sachwalter richtet demnach an dieses höchste Tribunal die unterthänigste Bitte, im Punkt der Förmlichkeiten zu erkennen,

daß gegenwärtige Sache an dieses Königlich Höchstpreisliche Oberappellationstribunal erwachsen und daher anzunehmen seye.

In der Hauptsache reproduzirt der ANTische Prokurator die bereits extrajudicialiter eingereichte Beschwerde-Ausführung mit der unterthänigen Bitte, nach vorgängiger Verhandlung so zu erkennen, wie darin gebeten worden.

Sub imploratione humillima etc."

Auch der Sachwalter des Imploraten und Appellaten, Obertribunalsprokurator Cajus, legitimirt sich durch Vollmacht, wendet gegen die Formalien der Appellation nichts ein und kündigt an, er werde, „falls diese Appellation nicht wegen ermangelnder Beschwerden sogleich verworfen werden sollte, in Unterthänigkeit zeigen, daß die etwaigen Beschwerden ganz unerheblich seyen", worauf er um gnädigste Mitteilung des eingekommenen Gravatoriallibells zu seiner Exceptionalhandlung bittet.

Die „unterthänigste Beschwerdeführung" des klägerischen Sachwalters lautet:

„Königlich Höchstpreisliches Oberappellationstribunal!

In der Rechtssache ꝛc. erließ das wohllöbliche Stadtgericht zu Urach am 6. April 1803 einen Bescheid, durch welchen sich der INT sehr beschwert und zu Ergreifung des Rechtsmittels der Appellation bewogen fand. Der unterzeichnete von dem ANTen Benzenöder bestellte Anwalt hofft nun durch gegenwärtige Schrift das Gravirende dieses stadtgerichtlichen Be-

scheides in das erforderliche Licht zu setzen, und wird übrigens nicht ermangeln, die Legitimation sowohl, als die Justifikation der Formalien und Fatalien der Appellation an dem hiezu allergnädigst anberaumten Termin zu berichtigen.

Es verhält sich aber mit dieser Rechtsstreitigkeit auf folgende Weise:

Am 28. Februar kaufte der ANT Benzenöder von dem ATen Reich auf dem Kirchheimer Markt ein dreijähriges schwarzbraunes Wallachenpferd um den Preis von 79 fl. 45 kr, wovon jedoch ANT zur Sicherheit für Fehler 2 Carolins auf 14 Tage zurückbehielt. Nachdem sich nun innerhalb dieser Zeit kein Fehler an dem Pferde gezeigt hatte, so schickte er das zurückbehaltene Geld am 14. März an ATen und schrieb dabei, daß er bis dahin keinen Fehler an dem Pferde gefunden.

Allein am 23. März erkrankte das Pferd, wovon ANT den Viehbeschauern zu Grosglattbach sogleich die Anzeige machte und von ihnen noch an demselben Tage eine Urkunde ausgestellt erhielt, in der sie bezeugten, daß das Pferd sehr krank seye und in kurzer Zeit krepiren dürfte, ohne daß sich jedoch bestimmen ließe, worin eigentlich die Krankheit des Pferdes bestünde.

Diese Urkunde schickte ANT durch Expressen an ATen ab, mit beigefügter schriftlicher Aufforderung, entweder selbst nach Grosglattbach zu kommen und das kranke Pferd zu beaugenscheinigen, oder doch schriftliche Anweisung zu geben, was mit dem Pferde zu machen seye. Denn da solches noch in der Gewähr stehe, so müsse dem Verkäufer selbst am meisten daran liegen, das beste zu wählen.

Dieses Schreiben samt Urkunde wurde ATen am 24. März insinuirt, worauf derselbe die Antwort erteilte, ANT möchte das Pferd gewissenhaft besorgen, und wenn es nicht besser werde, ihm am nächsten Botentage Nachricht davon geben; worin sich auch ANT nicht säumig finden ließ, sondern zurückschrieb, daß die Krankheit des Pferdes eher zu- als abnehme, welches Schreiben jedoch AT nie mit einer Sylbe beantwortete.

Bei sich verschlimmernden Umständen des Pferdes wurde ANTen unterm 2. April eine weitere Urkunde der Grosglatt-

bacher Viehbeschauer ausgestellt und darin bezeugt: daß, ob man gleich alle dienliche Hausmittel gebraucht, das Pferd dennoch von Tag zu Tag kränker geworden seye, so daß es nicht nur mit ganz ungewöhnlichem Unrath aus der Nase beloffen worden, sondern auch einen so übeln Geruch von sich gegeben, daß es nicht auszuhalten gewesen. Dieses Pferd seye daher, damit nicht des Inhabers andere Pferde, wie auch Gastpferde, davon angesteckt würden, demselben aus dem Stalle gesprochen und am 30. März dem Kleemeister zu Vaihingen in die Kur gegeben worden. Benzenöder habe übrigens während dieser Krankheit nicht nur das Pferd nicht brauchen können, sondern seye auch genöthigt gewesen, ein andres Pferd, das zu dem erkrankten zum Zuge bestellt war, müssig zu lassen, wodurch er an gehöriger Bestellung seiner Feldgeschäfte sehr gehindert worden.

Schon am folgenden Tage nach Ausstellung dieser Urkunde, nehmlich am 3. April, krepierte das Pferd und es wurde dadurch eine dritte Urkunde veranlaßt, worin die Vaihinger Roßschau unter demselben 3. April bezeugte, daß das krepirte Pferd sogleich in ihrer Gegenwart geöffnet worden und sich dabei ergeben habe, daß solches

1. ganz herzschlächtig und
2. ganz lungenfaul gewesen seye.

Als hierauf ANT von ATen den bezahlten Kaufschilling billigermaßen zurückverlangt, dieser aber sich nicht dazu verstanden hatte, so trat Benzenöder am 6. April vor wohllöblichem Stadtgericht zu Urach klagend auf und stellte vor: daß, da das Pferd an einem Hauptmangel krepirt seye, der sich innerhalb der gesetzlichen Gewährzeit geäußert habe, er den Verkäufer Reich für verbunden halte, den bezahlten Kaufschilling mit 79 fl. 45 kr. zurückzugeben, so wie auch die wegen der Krankheit des Pferdes und wegen der Klage gehabten Auslagen zu erstatten. Zugleich übergab er die von den Roßbeschauern zu Glattbach und Vaihingen ausgestellten Urkunden, durch die er seine Klage faktisch begründete.

Implorat brachte hiegegen verschiedene Ausflüchte vor, die eine genauere Prüfung schwerlich aushalten möchten. Dennoch

aber fand sich gegen alles Erwarten das Stadtgericht bewogen einen Bescheid des Inhalts zu erlassen:

„daß die Forderung des Klägers unstatthaft seye, und daher „der Beklagte entbunden und losgesprochen seyn solle".

Durch diesen absolutorischen Bescheid glaubt nun ANT sehr beschwert zu seyn und ist noch immer der Meinung, daß seine Forderung bestens begründet seye, und zwar in folgenden Rücksichten:

1. Das krepirte Pferd war herzschlächtig und lungenfaul, also mit einem von den Hauptmängeln behaftet gewesen, welche nach dem General-Rescript d.d. 17. Febr. 1767 den Verkäufer zur Gewährleistung verbindlich machen.

2. Das Pferd erkrankte schon am 23. März sehr bedenklich, also noch ganz innerhalb der durch dasselbe Gesetz für jenen Fehler bestimmten Gewährzeit von 4 Wochen und 3 Tagen.

3. Es kann ANTen keinerlei Schuld oder Versäumniß weder vor, noch nach ausgebrochener Krankheit zur Last gelegt werden. Besonders in letzterer Hinsicht hat er nicht nur gleich dafür gesorgt, daß die dienlichen Hausmittel angewandt wurden, und dem Verkäufer in möglichster Schnelle von dem Erkranken des Pferdes Nachricht erteilt, sondern auch, als ihm das Pferd aus dem Stalle gesprochen worden, solches einem geschickten Kleemeister in die Kur gegeben.

4. Alle von ANTen zu beweisenden faktischen Umstände sind durch Beibringung glaubwürdiger Urkunden außer Zweifel gesetzt.

Durch dieses Alles glaubt der Unterzeichnete hinlänglich dargethan zu haben, daß ANT zu Zurückforderung des Kaufschillings vollkommen berechtigt war und ist. Da überdieß in solchen Fällen der Verkäufer dem Käufer auch die auf die Sache verwandten Unkosten zu erstatten schuldig ist, — indemnis enim emtor debet discedere ....

L. 27 ff. de aedil. ed.

Hofacker Princ. Jur. Civ. Rom. Germ. T. III § 1930 — auch ANT durch die ungerechte Weigerung des ATen zu einem Kostenaufwand wegen der Klage in erster Instanz genöthigt

worden, so möchte AT dem ANTen allerdings auch die wegen der Krankheit und wegen besagter Klage gemachten Auslagen, welche laut anliegender Verzeichnisse Beil. A und B sich auf 33 fl. belaufen, zu erstatten haben.

Es ergehet demnach an ein Königlich Höchstpreisliches Oberappellationstribunal des unterzeichneten ANTischen Anwalts unterthänigste Bitte,

zu erkennen und zu sprechen, daß in vorliegender Sache übel gesprochen und wohl appellirt, und die Sentenz voriger Instanz dahin zu reformiren seye, daß AT dem ANTen den bezahlten Kaufschilling mit 79 fl. 45 kr. zurückzuzahlen, auch die wegen der Krankheit des Pferdes und wegen der Klage in erster Instanz gehabten Auslagen zu ersetzen, und überdieß sämmtliche Proceßkosten zweiter Instanz zu tragen, schuldig und verbunden seye.

Desuper etc.

verharre ich
eines Königlich Höchstpreislichen
Tübingen. d.d. Oberappellationstribunals
unterthänigster
Conc: J. L. Uhland. Obertribunalsprokurator
Titius,
als ANTischer Sachwalter."

Hiegegen lautet der „unterthänigste Einredesatz" des Sachwalters des Beklagten folgendermaßen:

„Königlich Höchstpreisliches Oberappellationstribunal!

Der unterzeichnete Anwalt des Imploraten und ATen, Johann Georg Reich von Urach, stattet für die gnädigste Mitteilung der gegnerischen Beschwerdeschrift seinen unterthänigsten Dank ab und beantwortet dieselbe mit Folgendem:

Es ist zwar in der ANTischen Schrift der Verlauf der Sache im Allgemeinen richtig vorgetragen, auch der Inhalt der Urkunden, gegen deren Aechtheit nichts einzuwenden, nach der Wahrheit angegeben: in zwei Punkten jedoch muß der Unterzeichnete der gegnerischen Geschichtserzählung widersprechen. ANT hat nehmlich keineswegs das Schreiben des ATen beant-

wortet, welches dieser auf erhaltene Nachricht von dem Erkranken des Pferdes an ANT erließ, und worin er diesen aufforderte, wenn es mit dem Pferde nicht besser würde, ihm am nächsten Botentag Nachricht davon zu geben; vielmehr ließ ANT bis nach dem Tode des Pferdes nichts mehr von sich hören. Und dann waren die der Klage in erster Instanz entgegengesetzten Einreden keineswegs nichtige Ausflüchte, wie man sie ANTischer Seits zu bezeichnen beliebt, vielmehr waren es Gründe vom größten Gewicht, durch die ein wohllöbliches Stadtgericht sich bewogen fand für den Beklagten zu sprechen, und durch die er auch in zweiter Instanz den Sieg zu erlangen hofft.

Was nun aber die vom ANTischen Sachwalter aus dieser Geschichtserzählung und den erwähnten Urkunden gemachte Deduktion betrifft, so hat er zwar allerdings die Punkte richtig bezeichnet, auf welche es bei Beurteilung dieser Sache vorzüglich ankommt, hiegegen ist dasjenige, was er über jeden dieser Punkte vorträgt, von der Art, daß sich gerade im Gegentheil mit leichter Mühe zeigen läßt, daß

1. weder das Pferd an einem in dem Gesetze bestimmten Hauptmangel krepirt ist, noch
2. die Gewährzeit ANT noch zu Statten kommen kann, noch auch
3. ANT die gehörige Sorgfalt auf das kranke Pferd verwandt noch endlich
4. die Urkunden das beweisen, was man ANTischer Seits dadurch beweisen will.

Was nun den ersten Punkt betrifft, so behauptet der ANTische Sachwalter, das Pferd seye bei der Eröffnung herzschlächtig und lungenfaul befunden worden, und will dieß durch die Urkunde der Vaihinger Viehschau beweisen.

Vor allen Dingen ist hier das Uebel der Lungenfäule abzusondern, denn da diese nicht unter den im General-Rescript vom 17. Febr. 1767 bestimmten Hauptmängeln der Pferde aufgezählt ist, so kann sie, wo von Gewährleistung die Rede ist, in keinen Anschlag kommen.

Was aber die Herzschlächtigkeit anbelangt, auf die allein

hier ein Gewicht zu legen wäre, so kann es zum Beweise derselben nicht hinreichen, daß eine landstädtische Viehschau, der man wohl schwerlich den Charakter der Untrüglichkeit beilegen dürfte, im Allgemeinen aussagt: das Pferd seye bei der Eröffnung herzschlächtig gefunden worden, ohne daß sie irgend ein Merkmal angäbe, woraus sie diese Herzschlächtigkeit erkannt habe. Eine solche Angabe der einzelnen Merkmale wäre aber hier, um zu einem sichern Resultat zu gelangen, um so notwendiger gewesen, als eines Teils das Wort: Herzschlächtigkeit sehr verschieden gebraucht wird und sich dadurch ganz zu einem Auskunftsmittel für die Roßbeschauer eignet, wenn sie eigentlich nicht wissen, worin das Uebel liegt, andern Theils die Kennzeichen dieser Krankheit nach dem Tode höchst dunkel und ungewiß sind.

Teutsche Encyclopädie, 13. Band p. 668.

Wollte man aber die Frage aufwerfen: ob nicht etwa aus den vor dem Tode erschienenen und urkundlich aufgezeichneten Merkmalen die Natur der Krankheit ausgemittelt werden könne? so gibt dieß gerade das sicherste Mittel an die Hand, die Angabe der Vaihinger Roßschau, als wäre das Pferd herzschlächtig gewesen, in ihrer völligen Unglaubwürdigkeit darzustellen.

Es sind nehmlich in der Belehrung, die in der Marggrafschaft Baden, in Betreff der oberwähnten mit Wirtemberg und den damaligen Vorderöstreichischen Landen verglichenen Verordnung, bekannt gemacht wurde,

Kapff, Sammlung Herz: Wirtemb. Verordnungen im Arch. S. 511 ff.

und welche einen sehr brauchbaren Commentar zu jenem Gesetz ausmacht, die Zeichen der Herzschlächtigkeit auf folgende Weise angegeben:

„Bei dieser Krankheit ist der Athem kurz und laut, mit „vieler Beschwerde, ja beinahe mit der Gefahr des Erstickens „verknüpft, besonders wenn das Pferd vorher staubiges Futter „gefressen hat; der Husten ist nicht immer in gleich hohem „Grad mit dem engen Athem verbunden, oft aber ist bei „jedem Athemholen, an jeder Seite der Flanke nach den Rippen

„zu, eine Rieme, die von den Schmieden Schnur genannt „wird, zu bemerken“.

Wenn man nun die von den Viehschauern zu Grosglattbach noch bei Leben des Pferdes ausgestellten beiden Urkunden betrachtet, so findet sich in der ersten, vom 23. März, durchaus kein Merkmal der Krankheit aufgezeichnet, und die Viehschauer wußten, nach ihrer eigenen Bemerkung, noch nicht zu bestimmen, worin eigentlich die Krankheit bestehe, in der zweiten, vom 2. April, aber sind die Zeichen der Krankheit des Pferdes dahin angegeben

„daß es nicht nur mit allzugewöhnlichem (?) Unrath und „c. v. Rotz beloffen wurde aus der Nase, sondern auch so „einen ungewöhnlichen Gestank von sich gab, daß es nicht „zum Ausstehen war.“

Vergleicht man hiemit die angeführten Zeichen der Herzschlächtigkeit, so ergiebt sich, daß die in der Urkunde beschriebene Krankheit auch nicht Ein Merkmal mit der Herzschlächtigkeit gemein habe, vielmehr ein Uebel ganz anderer Art gewesen seyn müsse, daher auch in dieser Urkunde mit keiner Sylbe der Herzschlächtigkeit erwähnt wird.

Unter diesen Umständen muß die oberflächliche, mit nichts belegte Angabe der Vaihinger Viehschau, als wäre das Pferd bei der Eröffnung herzschlächtig gefunden worden, durchaus allen Glauben verlieren, und es fehlt mithin gänzlich an dem Beweise, daß das Pferd mit einem in dem Gesetze aufgezählten Hauptmangel behaftet gewesen seye.

2. Aber auch angenommen, jedoch keineswegs zugegeben, das Pferd hätte an einem gesetzlichen Hauptmangel gelitten, so wäre AT dennoch darum zu keiner Gewährleistung verbunden, weil ANTen die Gewährzeit nicht mehr zu Statten kommt, und zwar in doppelter Hinsicht: denn

a) hatten die Contrahenten eine kürzere Gewährzeit, von 14 Tagen, unter sich ausgemacht, welche der gesetzlichen derogiren mußte. Dafür aber erhielt ANT den Vorteil, daß er für diese Zeit zur Sicherheit wegen Fehler 2 Carolins vom Kaufschilling zurückbehalten durfte. Innerhalb dieser vertrags-

mäßigen Gewährzeit zeigte sich nun so ganz kein Mangel an dem Pferde, daß ANT nach Verfluß derselben den zurückbehaltenen Rest an ATen abschickte, mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß er keinen Fehler an dem Pferde finde, als daß es zu theuer seye.

b) aber gesetzt auch, es wäre keine solche besondere Gewährzeit ausgemacht worden und es könnte nur von der gesetzlichen von 4 Wochen und 3 Tagen hier die Rede seyn, so würde dieß dennoch in der Sache selbst nichts ändern. Denn wenn ein Hauptmangel erst nach Verfluß der Gewährzeit bekannt worden ist, so kann der Käufer selbst dann nicht mehr auf Entschädigung klagen, wenn er auch beweisen könnte, daß der Fehler schon zur Zeit des Kaufs existirt habe. Weishaar, Handbuch des Württemb. Privatrechts. 3. Th. § 974.

Nun krepirte aber das Pferd erst am 3. April, also am dritten Tage nach Verlauf der gesetzlichen Gewährzeit, und erst in der an diesem Tage über den Erfund der Sektion ausgestellten Urkunde wird zum ersten Male der Herzschlächtigkeit gedacht; denn was die andern beiden Viehschau-Urkunden betrifft, so enthält die vom 23. März, wie schon erwähnt, nichts als die allgemeine Anzeige von einer Krankheit, die sich noch nicht näher bezeichnen lasse, und auch die zweite, vom 2. April, gedenkt der Herzschlächtigkeit weder ausdrücklich, noch durch Angabe entsprechender Merkmale, wie dieß sub nro. 1 ausgeführt worden. Da mithin innerhalb der gesetzlichen Gewährzeit nicht das Geringste davon bekannt wurde, daß das Pferd herzschlächtig gewesen, so könnte selbst diese Gewährzeit dem ANTen nimmer zu Gut kommen.

3. Wenn es aber auch der ANTischen Forderung nicht so sehr an den gesetzlichen Bedingungen einer Gewährleistungs-Klage fehlte, so hätte er sich schon darum derselben enthalten sollen, weil ihm bei der Behandlung des Pferdes eine offenbare culpa zur Last fällt, wodurch er die Krankheit des Pferdes gewiß sehr verschlimmerte und zuletzt die Rettung desselben unmöglich machte.

Es erhellt nehmlich aus des ANTen ganzen Benehmen in

dieser Sache, daß er beim Erkranken des Pferdes gleich den Vorsatz faßte, die vertragsmäßige Gewährzeit von 14 Tagen auf die Seite zu stellen, und ATen, der durch dieselbe bereits von aller Verantwortlichkeit befreit war, wieder in die Sache hineinzuziehen. Er wollte daher, wie wenn das Pferd noch in der Gewähr stünde, alle Sorge für dasselbe von sich ablehnen und dieselbe auf ATen schieben, wie dieß aus seinem Briefe vom 23. März deutlich hervorgeht. AT hätte sich hierauf zwar gar nicht einzulassen gebraucht, da ihn das Pferd durchaus nichts mehr anging, weil ihm jedoch die schlimme Absicht des ANTen aus diesem Briefe deutlich wurde, so konnte es ihm nicht gleichgültig seyn, von dem Erfolge der Krankheit baldige Nachricht zu erhalten. Er schrieb daher an ANTen, daß dieser ihn, wenn es mit dem Pferde nicht besser würde, am nächsten Botentag davon benachrichtigen möchte. Allein ANT, der sich wahrscheinlich durch die Viehschau-Urkunde und die geschehene Verkündigung gänzlich gedeckt meinte, ließ nicht nur dieses Schreiben unbeantwortet, sondern entschlug sich auch aller Sorgfalt für das Pferd, das er einmal als fremdes Gut behandelte, so sehr, daß er dasselbe mitten in der Krankheit aus seinem Stalle schaffte und dem Kleemeister zu Vaihingen gleichsam schon zur Beute überlieferte.

Gesetzt also es träten selbst die gesetzlichen Bedingungen der Gewährleistung in dem vorliegenden Falle ein, so würde doch AT für diese seine große Vernachlässigung, wodurch er die Rettung des Pferdes unmöglich machte, tenent seyn:

L. 31 § 12 ff. de aedil. ed.

und es würden hieraus für ATen Ansprüche entspringen, die sich mit der Klage auf Zurückbezahlung des Kaufschillings leicht kompensiren möchten.

4. Was endlich die von ANTen angezogenen Urkunden der Roßbeschauer zu Grosglattbach und Vaihingen anbelangt, so ist im Vorhergehenden hinlänglich und von jeder besonders gezeigt worden, daß dieselben, wenn man auch ihre Aechtheit nicht in Abrede zieht, keineswegs das beweisen, was ANT dadurch beweisen wollte.

Da nun durch diese Ausführungen der Hauptanspruch des

ARTen auf Zurückbezahlung des Kaufschillings als in jeder Rücksicht unstatthaft erscheint, so verlieren eben damit auch die accessorischen Forderungen alle Consistenz, und der unterzeichnete ATische Anwalt richtet daher an ein Königlich Höchstpreisliches Oberappellationstribunal die unterthänigste Bitte:

zu erkennen und zu sprechen, daß in vorliegender Rechtssache wohl gesprochen, übel appellirt worden, und der Bescheid erster Instanz nach seinem ganzen Inhalt zu konfirmiren, auch ART alle Prozeßkosten zweiter Instanz zu tragen schuldig und verbunden seye.

Sub imploratione consueta humillima

verharre ich
eines Königlich Höchstpreislichen
Oberappellationstribunals
unterthänigster
Obertribunalsprokurator Cajus,
als ATischer Anwalt."

Tübingen, d.d.

Conc.: J. L. Uhland.

Es folgen nun noch Replik- und Duplikhandlung, worin beide Parteivertreter ihre seitherigen Rechtsausführungen ergänzen und zum Schlusse: „sub clausula nisi quid novi zum richterlichen Spruch hintersetzen."

In dem unterm 6. Oktober 1808 an den König erstatteten Bericht des Obertribunals in Tübingen [1]) heißt es sodann, daß die Examinatoren in den „schriftlichen, zur allerhöchsten Einsicht in Unterthänigkeit angeschlossenen Aufsätzen sowohl, als auch in der mündlich mit dem Kandidaten vorgenommenen Prüfung solche Beweise seiner Einsicht, Geschicklichkeit und Gewandtheit in dem Geschäftsstile gefunden haben, daß sie kein Bedenken tragen, demselben das Prädikat der zweiten Klasse — vorzüglich gut — beizulegen und ihn für vollkommen würdig zu halten, in die Zahl der Königl. Advokaten allergnädigst aufgenommen zu werden [2])."

1) Praesentes: Obertribunaldirektor Geheimer Rath v. Kapff; die Obertribunalräthe v. Elsäßer, Ref, Frick, v. Canz, v. Eisenbach, Ref., Faber, v. Kölle, v. Schwender.

2) Uhland selbst schreibt über das Resultat an Karl Mayer unterm

Hierauf ergieng unterm 14. Oktober 1808 folgender Erlaß des Justizministeriums an das K. Obertribunal in Tübingen:

„Da man auf den von dem K. Obertribunal über die Prüfung des Rechtskandidaten Joh. Ludwig Uhland von Tübingen erstatteten Bericht d.d. 6. praes. 13. l. M. kein Bedenken findet, diesen Kandidaten mit dem Prädikat der 2. Klasse unter die Zahl der K. Advokaten aufzunehmen, so wird solches dem K. Obertribunal unter Remission des vollzogenen Zeugnisses hiermit eröffnet, um wegen Verpflichtung und Immatrikulirung des ꝛc. Uhland nunmehr das weiter nöthige zu verfügen."

12. Oktober 1808 bescheiden: „Mein Examen ist überstanden und so, daß ich zufrieden sein kann, wenn gleich nicht splendid". Vgl L. Uhland S. 48.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

1.

Die Zulässigkeit wiederholter Bestrafung auf Grund des § 14 Abs. 2 des Impfgesetzes vom 8. April 1874.

Für die Zulässigkeit wiederholter Bestrafung bei fortgesetzter Verweigerung der Impfung hat sich der Strafsenat in mehreren Entscheidungen ausgesprochen, und zwar zunächst in einem Urteil vom 2. Dezember 1880, veröffentlicht im Württ. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 285 ff., ferner am 9. Februar 1881 (Amtsblatt des Minist. des Innern von 1881 S. 35) und am 2. April 1884 (Württ. Jahrbücher Bd. 1 S. 62 und Württ. Archiv Bd. 23 S. 279).

In einer Entscheidung vom 27. Juni 1894 gegen M. B. von H., in welcher der gleiche Standpunkt eingenommen wurde, heißt es in den

Gründen:

Hier genügt es, nur noch hervorzuheben, daß an diesem Ergebnis auch der Umstand nichts zu ändern vermag, daß der aus § 14 Abs. 2 (mit einer für die Entscheidung der vorliegenden Frage unerheblichen Einschaltung) in das Gesetz übergegangene § 16 Abs. 2 des Entwurfs ursprünglich einen geringeren praktischen Wert gehabt hat, als jetzt, sofern der Entwurf in § 15 auch eine direkte Zwangsimpfung vorgesehen hatte, die jetzt weggefallen ist; denn es spricht nichts dafür,

daß der Entwurf mit Rücksicht auf diesen direkten Zwang auf die Anwendung eines — mittelst geeigneter Strafen zu verwirklichenden indirekten Zwangs habe verzichten und sich demgemäß in § 16 mit nur einmaliger Bestrafung der Eltern habe begnügen wollen. Das Gegenteil geht vielmehr aus den Verhandlungen des Reichstags — namentlich aus den Aeußerungen des Abgeordneten Dr. Löwe in der Sitzung vom 18. Febr. 1874 (Stenogr. Ber. S. 104 Satz 2) hervor, wonach ohne irgend welchen Widerspruch ausgeführt wurde, daß der Entwurf zweierlei Arten von Zwang, nämlich einen direkten oder absoluten und einen indirekten Zwang vorsehe und wonach nur der erstere aus dem Gesetze ausgeschieden, keineswegs aber auch der letztere, welcher hiedurch nur eine größere praktische Bedeutung erlangte, aufgegeben werden wollte. Es läßt sich daher auch nicht — wie mitunter geschehen ist — behaupten, daß dem § 16 Abs. 2 des Entwurfs — jetzt § 14 Abs. 2 des Gesetzes — durch die hier vertretene Rechtsanschauung ein anderer Sinn untergelegt werde, als derselbe ursprünglich gehabt hat.

In dem Revisionsurteil vom 19. Februar 1896 gegen M. G. von E. ist in den

Gründen

gesagt: Die Revision des Angeklagten konnte nicht als begründet erachtet werden.

Sie stützt sich auf die Behauptung, daß das Impfgesetz vom 8. April 1874 nur eine einmalige Bestrafung wegen Impfentziehung gemäß § 14 Abs. 2 des Gesetzes zulasse.

Der Strafsenat hat jedoch von jeher, in stets gleichmäßiger Rechtsprechung, den entgegengesetzten Standpunkt vertreten. Von diesem abzugehen, liegt ein gegründeter Anlaß nicht vor. Eine genaue Prüfung des Impfgesetzes nach seinem Gesamtinhalt, seinem Zweck und seiner Entstehungsgeschichte, wie sie den früheren Entscheidungen zu Grunde liegt, ergiebt, daß die vorgebrachten Einwendungen nicht durchschlagend sind. Insbesondere ist daran festzuhalten, daß das Impfgesetz schon im Entwurf neben dem darin vorgesehenen direkten Zwang auch einen indirekten Zwang — in § 4 in Verbindung mit § 16 Abs. 2

des Entwurfs — statuiert hatte, welcher letztere weder durch die vom Reichstag beschlossene Beseitigung des direkten Zwangs (zu vgl. übrigens § 18 Abs. 3 des Gesetzes) noch durch die dem § 16 Abs. 2 des Entwurfs, jetzt § 14 Abs. 2 des Gesetzes, zugesetzten Worte „und trotz erfolgter amtlicher Aufforderung" in Wegfall gebracht werden sollte und auch nicht in Wegfall gekommen ist. Hienach schreibt der § 4 des Gesetzes die Nachholung der gesetzwidrig unterbliebenen Impfung unbedingt vor, und hat die darin vorgeschriebene Fristsetzung wesentlich die Bedeutung, dem Beteiligten zur Erfüllung dieser Pflicht eine angemessene Zeit zu lassen. Tritt sodann nach Ablauf der Frist gemäß § 14 Abs. 2 des Gesetzes Bestrafung ein, so wird hiedurch allerdings die bisherige, der Vergangenheit angehörige, Versäumnis gesühnt; dagegen steht im Hinblick auf die zwingende Vorschrift des § 4 einer abermaligen Fristsetzung nebst der in § 14 Abs. 2 des Gesetzes vorgeschriebenen Aufforderung nichts im Wege. Im Fall der abermaligen Versäumnis trifft die in § 14 Abs. 2 enthaltene Voraussetzung, daß die betreffende Person der Impfung „entzogen geblieben ist" von Neuem wörtlich zu und es ist nicht einzusehen, wie der Bestrafung dieser weiteren Gesetzesverletzung der Grundsatz ne bis in idem im Wege stehen sollte.

Im gegebenen Fall wird die Bestrafung des Angeklagten auch nicht durch den Umstand gehindert, daß die zuletzt erteilte Frist am 1. Juni (1895) abgelaufen, die hierauf gefolgte polizeiliche Strafverfügung aber erst am 30. September, also nach mehr als 3 Monaten erlassen worden ist; denn da sich die Verpflichtung zur Impfung über die erteilte Frist hinaus fortgesetzt hat, hat die Verjährung auch nicht mit dem Ablauf dieser Frist ihren Anfang nehmen können.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

14.

Zur Frage der Pfändbarkeit der beweglichen mit einer Immobilie verpfändeten Zugehörungen derselben. Ist für den Anspruch des Unterpfandgläubigers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der Zugehörungen der Fortbestand des hypothekarischen Pfandrechts an denselben bis zur Klageerhebung erforderlich?

Die erstere Frage wurde bejaht, die letztere verneint und hiernach dem Unterpfandgläubiger der Erlös aus den ihm mitverpfändeten beweglichen Pertinenzen vorzugsweise zuerkannt, gleichviel, ob die Pertinenzen zufolge der Pfändung von Ort und Stelle fortgeschafft oder daselbst belassen wurden, aus folgenden

Gründen:

1) Das dem Kläger laut Pfandschein „als bewegliche Zugehörung" zu dem ebendaselbst beschriebenen Anwesen — und zwar „als Sachgesamtheit" — im Sinne der Art. 3 und 51 des württ. Pfandgesetzes vom 15. April 1875 verpfändete „jeweilige Gutsinventar, dermalen bestehend in 2 Kühen 2c. 2c." war keine gesetzliche, sondern eine gewillkürte Zugehörung des in erster Linie verpfändeten liegenschaftlichen Anwesens. Wenn gleich es nun nach gemeinem Recht s. g. gewillkürte Per-

tinenzen nicht giebt[1]) und im württ. Pfandgesetze nur „von beweglichen Zugehörungen" überhaupt (Art. 3, Art. 51) und „von Zugehörungen irgend einer Art" (Art. 190), nicht aber von „gewillkürten" Pertinenzen speziell die Rede ist, so besteht doch nach der Rechtsprechung der beiden Senate des Oberlandesgerichts kein begründetes Bedenken (zu vgl. Boscher, Zeitschr. Bd. 29 S. 110)[2]) gegen den **Grundsatz**, daß unsere Pfandgesetzgebung die Verpfändung s. g. gewillkürter Pertinenzen zugelassen hat[3]). —

Des Weiteren steht nach derselben Rechtsprechung[4]) fest, daß die bewegliche Sache dadurch, daß sie als Zubehörde einer Immobilie mit dieser verpfändet wird, nach württ. Recht nicht zur Immobilie wird, mithin der Pfändung im Sinne der §§ 712 ff. der C.P.O. fähig ist, sowie ferner, daß dem durch die Pfändung gefährdeten Unterpfandsgläubiger zwar kein Widerspruchsrecht im Sinne des § 690 der C.P.O., wohl aber ein Klagrecht aus § 710 das. bzw. ein Vorrang gegenüber dem Pfändungsgläubiger nach Maßgabe der Anciennität der konkurrierenden Pfandrechte zusteht[5]).

2) Demnächst erhebt sich die Frage: Ist für den Anspruch aus § 710 der C.P.O. lediglich vorausgesetzt, daß das Pfand- oder Vorzugsrecht des Dritten zur Zeit der Pfändung bestand oder muß dasselbe auch noch zur Zeit der Klageerhebung bestanden haben[6])?

1) R.G. Bd. 15 S. 214.

2) Gegen den hier geäußerten Zweifel s. die Darlegung in den Jahrb. d. w. Rechtspfl. Bd. 1. S. 23 Ziff. I und **Wächter**, württ. Privatrecht Bd. I. S. 1107 lit. b ff. und Bd. II. S. 148 ff. D. E.

3) Jahrb. d. w. Rechtspfl. I. S. 22 ff., S. 159 ff. und S. 280 ff.; V. S. 171 ff., S. 253 ff., S. 269 ff.; VI. S. 3 ff.

4) l. c. I. 280 ff.; V. 172 ff.

5) Zu vgl. **Gaupp**, Komm. 2. Aufl. § 710 bei und in Note 15 und Anhang S. 63; **Seuff.**, Komm. zu § 708; **Wilmowsky-Levy**, Komm. zu § 710; **Lang**, Sachenr. Nachtrag S. 63; **Boscher**, Zeitschr. Bd. 29 S. 98 ff., S. 259 ff., S. 291 ff.; Bd. 31 S. 44; Bd. 35, S. 5.

6) **Gaupp** bezeichnet es in **Boscher** a. a. O. Bd. 29 S. 271 ff. auch als die Auffassung des **Reichsgerichts** für preuß. Recht, daß mit der Trennung der Pertinenzen durch Vollzug der Pfändung die Exi-

Im engsten Zusammenhang mit dieser Frage steht aber die Frage, ob, wie einerseits behauptet wird[1]), die Klage aus § 710 der C.P.O. nichts anderes ist, als die zur Verfolgung des bedrohten Pfand- oder Vorzugsrechts nach Landesrecht überhaupt gegebene Klage, vorliegend also die Pfandklage (a. hypoth.) oder ob dieselbe, wie von anderer Seite behauptet wird[2]), „nicht die Pfandklage, sondern eine eigentümliche prozeßrechtliche, von der C. P. O. neugeschaffene Klage ist?"

Ist nämlich die Klage aus § 710 die Pfandklage, so setzt dieselbe selbstredend ein zur Zeit ihrer Erhebung bestehendes Pfandrecht voraus und kann vorliegend nach Ansicht des Art. 51 des württ. Pfandgesetzes nur Erfolg haben, wenn die Objekte, aus deren Erlös der Kläger vorzugsweise Befriedigung verlangt, zur Zeit seiner Klageerhebung (4. Jan. 1896) die Eigenschaft als Zugehörungen der in Rede stehenden Liegenschaft noch

stenz des Pfandrechts und damit die Anwendbarkeit des § 710 der C.P.O. fortfalle. Allein die hiefür angeführten Entscheidungen (Bd. 22 S. 273, Bd. 26 S. 361 und bei Gruchot, Beitr. Bd. 28 S. 1166) befassen sich nur mit der Widerspruchsklage aus § 690, daß diese von dem Fortbestand des hypoth. Rechts an der gepfändeten, nicht fortgeschafften Pertinenz abhänge (zu vgl. übrigens die Entsch. in der jur. Wochenschr. 1886 S. 414, welche nur verlangt, daß die Widerspruchsklage noch vor Verteilung des Erlöses angestellt werde) und die R.G.-Entscheid. Bd. 17 S. 326 und Bd. 25 S. 24, nach welchen Voraussetzung des § 710 der C.P.O. sei, daß das Pfand- oder Vorzugsrecht, auf Grund dessen der Anspruch auf den Erlös verfolgt werde, zur Zeit der Pfändung und des Verkaufs bzw. der Trennung vom Grundstück der gepfändeten Sachen bestand, sprechen, da nach preuß. Recht (s. Förster-Eccius, 5. Aufl. III, § 196 S. 136) das Pfandrecht an Pertinenzen (anders bei Früchten) erst mit der Veräußerung welcher eine Verpfändung, also auch eine Zwangspfändung nicht gleichsteht. — R.G. bei Gruchot, Beitr. 31 S. 432) und Entfernung erlischt, eher dafür, daß die Existenz des Pfandrechts zur Zeit der Pfändung bzw. Trennung für die Klage aus § 710 genüge und daß der Zeitpunkt der Klageerhebung insoweit unmaßgeblich sei. Jedenfalls ist nicht entschieden, daß für die Klage aus § 710 in der Zeit nach der Trennung bis zur Verteilung des Erlöses kein Raum mehr sei. D. E.

1) s. Boscher, a. a. O. Bd. 29 S. 98 ff.; Bd. 31 S. 43 ff.; Bd. 35 S. 1 ff. und Jahrb. d. w. Rechtspfl. IV. S. 347 Ziff. III a. E.

2) s. Boscher, a. a. O. Bd. 29 S. 291 ff.

hatten; diesfalls käme es also darauf an, ob sie diese Eigenschaft durch die am 31. Dez. 1895 vom Gerichtsvollzieher bewerkstelligte Fortschaffung von Ort und Stelle verloren haben oder nicht.

Diese von dem diesseitigen Senate in einem ähnlichen Falle[1]) verneinte Frage kann hingegen dahingestellt bleiben, wenn die Klage aus § 710 nicht die Pfandklage, sondern eine eigenartige neu geschaffene Klage ist, welche sich zwar „auf einen materiellen civilrechtlichen Anspruch gründet, aber „unter Umständen bestehen kann, auch wenn der materielle Anspruch, an welchen die C.P.O. das Klagrecht anknüpft, überhaupt kein civiles Klagrecht oder doch ein solches nicht gegenüber dem pfändenden Beklagten begründen würde[2]).“ Für eine solche neu geschaffene Klage mochte sich die C.P.O. ganz wohl damit begnügen und ist auch der Wortlaut des § 710 damit ganz wohl vereinbar, daß das mit dem Pfändungspfandrecht konkurrierende Pfand- oder Vorzugsrecht, an welches sie (die C.P.O.) ihr Klagrecht nur anknüpft, mindestens zur Zeit der Vornahme der Pfändung noch bestand.

3) Dafür nun, daß die Klage aus § 710 C.P.O. Nichts anderes als die Pfandklage sei, wird sich hauptsächlich auf den Abs. 3. des § 710 und auf die Worte „seinen Anspruch“ in Abs. 1 daselbst berufen und gesagt: „Es ist dieselbe Klage, derselbe Anspruch, der gegen den betreibenden Gläubiger und der „gegen den Schuldner gerichtet wird; gegen den Schuldner (d. h. „den Schuldner des Pfändungspfandgläubigers, welch' ersterer „nicht notwendig auch Schuldner des Unterpfandgläubigers sein „muß) kann aber der Unterpfandsgläubiger schlechterdings keine „andere Klage, als die Pfandklage erheben, also ist auch die „Klage gegen den Pfändungspfandgläubiger keine andere, als „die Pfandklage, nur mit der Besonderheit, daß sie hier nicht, „wie sonst, auf Herausgabe der verpfändeten Sache, sondern „nur auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse ... ge„richtet ist.“ Damit sei aber keine neue Klage geschaffen, sondern

1) s. diese Jahrb. Bd. V. S. 171.

2) s. Boscher, a. a. O. Bd. 29 S. 292.

nur der alten Klage eine neue, unveränderte Richtung und nicht bloß gegen den Schuldner, sondern auch gegen dessen Pfändungspfandgläubiger gegeben [1]).

Ferner wird gesagt [2]): Zwar beschränke der § 710 einerseits den Anspruch auf die Dauer des Zwangsvollstreckungsverfahrens und erweitere ihn andererseits durch ein Klagrecht gegen den Gläubiger und Schuldner zugleich, auch verändere er den Inhalt des Anspruchs insofern, als er einerseits nur vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse biete, andererseits aber die betagte Forderung ähnlich dem § 58 der Konk.O. behandle, wie wenn sie fällig wäre und es lasse sich hienach nicht bezweifeln, daß die in § 710 genannte Klage in dieser Gesetzesstelle selbst einen Teil ihrer civilrechtlichen Grundlagen finde. Ebenso gewiß aber sei andererseits, daß der durch die Pfändung begründete (prozeßrechtliche) Zustand allein den Anspruch nicht hervorbringe, daß es trotz aller Modifikationen das zuvor bestandene subjektive Privatrecht sei, welches der Kläger im Gewande des § 710 verfolge. Würde nun ein Pfandrecht genügen, welches im Moment der Pfändung bestanden habe, so wäre der Klaggrund wohl nichts anderes, als die durch den Pfändungsakt eingetretene Vernichtung des dinglichen Rechts, mithin ein (übrigens zeitlich und nach seiner Höhe begrenzter) Anspruch auf Leistung des Interesses. Dieses Resultat widerstrebe aber dem dinglichen Charakter des § 710 der C.P.O., welchen das Gesetz, falls er nicht in irgend einer Form die Pfändung überdauert habe, nicht etwa von Neuem habe schaffen wollen, dasselbe setze vielmehr, worauf die Worte „seinen Anspruch" deutlich hinweisen, ein an dem Gegenstand der Vollstreckung haften gebliebenes Pfandrecht voraus, welches im Moment der Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher den Erlös ergreife."

1) s. Boscher, a. a. O. Bd. 29 S. 99/100. Gegen die gelegentliche Argumentation aus § 720 der C.P.O. (s. Boscher, Bd. 35 S. 5) ist auf Seuff. Arch. Bd. 40 Nr. 186 Ziff. II. S. 278 zu verweisen D. E.

2) Diese Jahrb. IV. S. 346/47.

Ein zwingender Beweis ist indes mit all' dem nicht gegeben. Wollte der Gesetzgeber mit § 710 der C.P.O. ein besonderes im Hinblick auf die zufolge der von ihm zugelassenen Pfändung veränderte Sachlage nach seiner Meinung gebotenes neues Klagrecht schaffen, so hinderte ihn[1]) selbstredend nichts, daß er dieselbe Klage gegen den Exekutionsschuldner, wie gegen den Exekutionsgläubiger gleichzeitig gab[2]) und daß er dieser Klage einen dinglichen Charakter verlieh (s. indes den Schlußsatz unmittelbar vor Ziff. 4 unten). Das Wort „seinen" (Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung) spricht sodann weit eher gegen, als für die Annahme, es sei die Pfandklage gemeint, denn diese ging ja bis jetzt nicht auf vorzugsweise Befriedigung. Im übrigen berechtigen auch die sonstigen bereits erwähnten Besonderheiten des in § 710 der C.P.O. festgesetzten Anspruchs, zu welchen, abgesehen von Anderem[3]), noch der besonders geschaffene ausschließliche Gerichtsstand (C.P.O. § 710 Abs. 2 vgl. mit § 707) genannt werden mag, während für die Pfandklage andere Gerichtsstände in Betracht kämen (auch der des § 25 C.P.O. wäre mindestens formell ein anderer) — weit eher dazu, die Klage „als eine besondere Rechtsform von der civilrechtlichen Klage aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zu unterscheiden[4])," als dazu, lediglich von einer durch § 710 gegebenen neuen, veränderten Richtung der alten (Pfand- ꝛc.) Klage zu sprechen. Des weiteren kommt aber in Betracht, daß dem Ge-

1) Abs. 3 des § 711 ist aus § 690 der C.P.O. herübergenommen (s. Gaupp, C.P.O. 2. Aufl. § 710 bei und in Note 26). Zu § 690 (639 des Entw.) ist die Vorschrift mit dem Hinweis auf § 61 der C.P.O. gerechtfertigt (s. Hahn, die ges. Mat. zur C.P.O. S. 441/42). Verlangt der Unterpfandsgläubiger den ganzen Erlös (z. B. von 500 M.) für sich und treten ihm der Pfändungspfandgläubiger und der Schuldner in Bestreitung seines Anspruchs entgegen, wobei z. B. der Pfändungspfandgläubiger 400 M. und der Schuldner den Rest von 100 M. für sich beanspruchen, so sollen die Letzteren als Streitgenossen anzusehen sein. Hieraus folgt selbstredend noch nichts in Betreff der rechtlichen Natur der gegen beide zu richtenden Klage des Unterpfandsgläubigers. D. E.

2) Zu vgl. übrigens auch Boscher, Bd. 29 S. 294 Z. 7.

3) vgl. Boscher, a. a. O. Bd. 29 S. 291/92 Ziff. 2—7.

4) s. Boscher, a. a. O. S. 298; zu vgl. die Citate Note 40. 41 das.

setzgeber, nachdem er einmal einen Eingriff in bestehende Pfandrechte 2c. durch Pfändungen zugelassen hatte, auch die Aufgabe zufiel, für den Schutz der gefährdeten Pfandrechte gegen die Folgen des zugelassenen Eingriffs zu sorgen[1]) und eben deswegen die Rechtswirkungen, welche ein bestimmter exekutorischer Vorgang auf dem Gebiet des Privatrechts haben soll, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, selbst zu bestimmen[2]).

In welcher Weise der Gesetzgeber dieser Aufgabe in § 710 der C.P.O. gerecht zu werden gedachte, ergiebt sich sodann in — jeden Zweifel ausschließender — Weise aus der Entstehungsgeschichte[3]) dieser Gesetzesbestimmung.

Während nach § 376 der Pr.Konk.O. vom 8. Mai 1855 der Pfandgläubiger ohne Unterschied, ob er im Besitz des Pfandes ist oder nicht, zu keinerlei Widerspruch gegen die Exekution in sein Pfandobjekt, sondern lediglich zu dem Verlangen berechtigt war, daß er aus demselben vor allen andern Gläubigern zu befriedigen sei, hatte der § 1049 Abs. 2 des Preuß. Entw. einer C.P.O. diese Bestimmung für die gewöhnliche Exekution nur dem nicht besitzenden Pfandgläubiger gegenüber aufrecht erhalten. Bei der Beratung des Entwurfs einer C.P.O. für die Staaten des Norddeutschen Bundes wurde nun geltend gemacht: „Ein Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung „sei dem Pfandgläubiger (und dem Retentionsberechtigten) nicht „zu versagen, da dem Exekutionssucher grundsätzlich nicht mehr „Rechte, als dem Schuldner, zugestanden werden könnten und „durch die Zwangsvollstreckung die Lage des dinglich Be„rechtigten (oder Retentionsberechtigten) nicht verschlimmert „werden dürfe. Insbesondere müsse dem Pfandgläubiger, wo „ihm gesetzlich das Recht zum Selbstverkauf... zustehe, dieses „Recht ungeschmälert verbleiben, die Exekution könne demnach „nur die Wirkung einer Beschlagnahme des Ueberschusses

1) s. Bunsen, Zwangsvollstr. S. 63.

2) s. Busch, Zeitschr. Bd. 18 S. 69.

3) Ueber die Bedeutung der Entstehungsgeschichte einer reichsgesetzlichen Norm für deren Auslegung vgl. Entsch. des Reichsg. Bd. 16 S. 45 Mitte und S. 308/9. D. E.

„haben, welcher sich bei einem künftig durch den Berechtigten „herbeizuführenden Verkauf ergebe."

Hierauf wurde vom Referenten erwiedert: „daß eine Schmä„lerung der Rechte des Pfandgläubigers (und des Retentions„berechtigten), soweit diese sich wirklich im Besitz bzw. Ge„wahrsam der betreffenden Sache befinden, nicht beabsichtigt „sei. Im Gegenteil sei gerade in diesem Punkte das allerdings „zu Gunsten des Exekutionssuchers zu weit gehende preußische „Recht (Preuß. K.O. § 376) für die gewöhnliche Exekution „zu beseitigen und nur für den Konkurs aufrecht zu erhalten. „§ 1049 Abs. 2 des Preuß. Entwurfs setze voraus, daß sich „der Gegenstand der Zwangsvollstreckung des Pfandrechts un„geachtet in den Händen des Schuldners befinde, was ... vor„kommen könne. In diesen Fällen sei aus praktischen Gründen „zu Verschärfung der Energie der Exekution das „Recht des Dritten dahin zu modifizieren, daß „derselbe den gewöhnlichen Fortgang der Exekution nicht zu „hindern vermöge und sein dingliches Recht sich in „einen prioritätisch zu befriedigenden Anspruch „auf den Erlös verwandle." Gegen „eine solche Modifikation des bürgerlichen Rechts (durch die P.O.), sofern nur dem wirklich besitzenden Pfandgläubiger die Vorteile des Besitzes gewahrt[1]) bleiben," wurde sodann „nichts zu erinnern gefunden und § 1049 Abs. 2 des Preuß. Entwurfs (als § 972 des nordd. Entwurfs) in dem von dem Referenten erläuterten Sinne angenommen[2])."

---

1) Es handelt sich durchweg um verzichtbare Rechte, der besitzende Pfandgläubiger muß daher, statt Widerspruch gemäß § 690 C.P.O. zu erheben, auch befugt sein, in die Pfändung unter Verzicht auf seinen Besitz einzuwilligen und lediglich das Recht des § 710 für sich in Anspruch zu nehmen (s. auch Kretschmar im Archiv für civile Praxis Bd. 64 S. 325). All' das wäre speziell für den Fall eines Faustpfands (s. württ. Pfandges. Art. 258 Abs. 1 vgl. mit Abs. 2) in Frage gestellt, wollte man den Fortbestand des Pfandrechts auch nach Fortgabe der Sache aus dem eigenen Gewahrsam bzw. noch bis zum Zeitpunkt der Klagerhebung aus § 710 verlangen. D. E.

2) s. Prot. der Kommission 2c. (Bd. IV). S. 2016/17.

Ganz mit derselben Begründung hat der Entwurf der Reichscivilprozeßordnung in seinem § 659 (jetzt 710 des Gesetzes) „dem nicht besitzenden Pfandgläubiger den Widerspruch gegen die Pfändung versagt und sein dingliches Recht in einen prioritätisch zu befriedigenden Anspruch auf den Erlös verwandelt[1]."

In diesem in der Folge von keiner Seite beanstandeten Sinne[2]) ist § 659 des Entwurfs in § 710 zum Gesetz geworden; das dingliche Recht des Pfandgläubigers wurde in einen Prioritäts-Anspruch auf den Erlös verwandelt, nicht etwa auf diesen Anspruch beschränkt. Die Pfandklage (a. hyp.) ist damit ausgeschlossen[3]) und dem Pfandgläubiger als Ersatz hiefür, bzw. für seinen dinglichen Anspruch auf Freigabe der Sache ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös „in Modifikation des bürgerlichen Rechts", welchem eine solche Regelung fremd war, neu geschaffen worden.

4) Völlig unvereinbar mit dieser Rechtsgestaltung wäre es nun ganz zweifellos, wollte man den neu geschaffenen Ersatzanspruch da versagen, wo nach Landesrecht zufolge der Pfändung d. h. des reichsgesetzlich gegen entsprechenden Ersatz zugelassenen Eingriffs in ein bestehendes Pfandrecht bzw. durch die mit diesem Eingriff verbundene lokale Veränderung das Pfandrecht geradezu zerstört wird[4]). Mit dem Verlangen

1) s. Hahn, Die gesamten Mater zur C.P.O. S. 451/52.

2) s. Hahn, a. a. O. S. 828. 936. 1026/27. 1242.

3) s. auch Bunsen, Zwangsvollstr. S. 150.

4) Aehnlich, wie das Unterpfandsrecht an Pertinenzen, setzt das Absonderungsrecht des Vermieters an den Illaten des Mieters (K.O. § 41 Nr. 4) einen bestimmten thatsächlichen Zustand voraus, welcher Dritten die Pertinenzqualität bzw. die Pfandhaftung sichtlich zu machen geeignet ist (Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurs § 416) und fällt mit der Fortschaffung der Illaten vom Grundstück fort, gleichviel, durch wen und wie solche erfolgt (Wolff, a. a. O. S. 72). Mit der Begründung, daß es widersinnig wäre, das erst im Moment der Pfändung dem Pfändungspfandrecht gegenüber in Wirksamkeit tretende Vorzugsrecht im gleichen Moment, mit welchem das Nebeneinanderbestehen der verschiedenen Pfandrechte erst gegeben sei und ihr Verhältnis für die Folge bestimmt sein müsse, durch den Pfändungsakt erlöschen zu lassen und darum die Klage

des Fortbestands des Pfandrechts bis zum Augenblick der Erhebung der Klage aus § 710 würde aber jener uneingeschränkt gegen alle und jede Folgen der Pfändung zugesicherte Ersatz gerade für jenen schwerwiegendsten Fall der Zerstörung des Pfandrechts zufolge der Pfändung versagt. Die Klage aus § 710 kann daher auch keinenfalls die — die Fortdauer des Pfandrechts bis zur Klageerhebung voraussetzende — Pfandklage sein; sie ist vielmehr schon gegeben, wofern nur „zur Zeit, als der Pfändungsakt durch den Gerichtsvollzieher erfolgte, (die Pertinenzeigenschaft und damit) ein Pfandrecht noch bestand; ihr steht die Loslösung, welche erst durch den Pfändungsakt erfolgt, nicht entgegen [1])."

Urteil des 2. Civilsenats in Sachen Rieser c. Einstein vom 18. Mai 1896.

15.

Zum Begriff der „Früchte", wenn es sich um Einrechnung der Früchte der Zwischenzeit bei Herausgabe einer Fideikommiß-Erbschaft unter Abzug der trebellianischen Quart handelt.

Die am 8. Dezember 1891 verstorbene M. K. hat testamentarisch zu Erben eingesetzt ihre Schwester, die Ehefrau des Klägers, und ihre Nichte, die Beklagte, dabei hat sie den Erbteil ihrer (kinderlosen) Schwester in der Art mit Fideikommiß belegt, daß er nach dem Tod dieser Schwester an die Beklagte zurückfallen sollte. Die Erbinnen haben die Erbschaft angetreten, der Erbteil der Ehefrau des Klägers, der ihr am 29. März 1892 ausbezahlt worden ist, hat nach der notariellen Berechnung 11091 M. 60 Pf. betragen; 9763 M. 10 Pf. hieran hat die Frau des Klägers in zinstragenden Wertpapieren erhalten,

aus § 710 auszuschließen, wird da, wo das Vorzugsrecht des § 41 Nr. 4 der K.O. auch außerhalb des Konkurses gilt, als der Zeitpunkt, in welchem jenes thatsächliche Verhältnis noch vorhanden sein müsse, lediglich der der Pfändung für maßgebend erkannt. R.G. 13. 257; Seuff., Arch. Bd. 36 Nr. 251, Bd. 40 Nr. 186, Bd. 48 Nr. 164. D. E.

1) So Gaupp, C.P.O. erste Aufl. Bd. 3 S. 264 und Seuff., Arch. Bd. 48 Nr. 164.

1215 M. 12 Pf. in einer 4 prozentigen Forderung der Erblasserin an den Kläger, den Rest in Fahrnis und in einer Forderung an die Beklagte. Kläger hat die sämtlichen von seiner Frau ererbten Wertpapiere veräußert; bis zur Veräußerung hat er bzw. seine Frau, wie in dieser Instanz unbestritten ist, 100 M. Zins aus diesen Papieren bezogen. Mit dem Erlös hat Kläger von Mai bis Juli 1892 6650 M. verzinslicher Schulden bezahlt, ebenso wurde die Forderung der K. an den Kläger als erloschen behandelt. Am 20. November 1893 ist die Frau des Klägers gestorben.

Am 22. Dezember 1894 hat Kläger der Beklagten drei Viertel der Fideikommiß-Erbschaft mit 8318 M. 70 Pf. bezahlt; das letzte Viertel der Erbschaft mit 2772 M. 90 Pf. hat er als die ihm gebührende trebellianische Quart einbehalten.

Da Beklagte dem Kläger das Recht zum Abzug dieser Quart bestritt, erhob Kläger Klage mit dem Antrag: festzustellen, daß der Beklagten ein Anspruch auf weitere Herauszahlung auf Grund des Fideikommisses nicht zustehe. Beklagte hat geltend gemacht: wenn Kläger je zum Abzug der trebellianischen Quart berechtigt sein sollte, hätte er sich die bis zur Rückgabe der Quart bezogenen Früchte einrechnen zu lassen, die sich in der Zeit von 2 ³/₄ Jahren bei Zugrundlegung des landesüblichen Zinsfußes von 5% auf 1018 M. berechnen; Kläger habe die Erbschaft zu Terrain- und Bauspekulationen verwendet; das Geld hiezu hätte er zum Zins von 5% aufnehmen müssen, wenn er nicht die Erbschaft gemacht hätte.

Kläger hat dem gegenüber bestritten, daß er oder seine Frau Früchte oder Zinsen aus der K.'schen Erbschaft gezogen habe: er hat angegeben, er habe die Erbschaft zur Bezahlung von Schulden, zum Umbau seines Hauses und zur Deckung der Krankheitskosten seiner Frau verwendet.

In den

Gründen

des Berufsurteils ist gesagt:

I. Ob Kläger bzw. dessen Frau berechtigt war, die Wertpapiere zu veräußern, die sich in der mit Fideikommiß belegten

Erbschaft befunden haben, kann dahingestellt bleiben; denn Beklagte hat diese Veräußerung nicht gerügt, sie also jedenfalls nachträglich genehmigt. Die Parteien sind also darin einig, die Sache so zu behandeln, wie wenn die Erbschaft in Geld bestanden hätte, das der Fiduziar natürlich nicht in den ererbten Stücken hätte herausgeben müssen. Auch über die Verwendung dieses Geldes besteht unter den Parteien kein Streit; es steht fest, daß der Fiduziar damit 6650 M. verzinsliche Schulden bezahlt hat, daß die Schuld des Klägers an die K. im Betrag von 1200 M. als endgiltig erloschen zu behandeln ist, und daß im übrigen die Erbschaft zu einem Neu- oder Umbau — oder wie Beklagte sagt, „zu Terrain- und Bauspekulationen" — und, wie dem Kläger zu glauben ist, zu einem kleinen Teil in den Haushalt (zur Deckung der Kosten der Krankheit der Fiduziarin) verwendet worden ist. Gegen diese Art der Verwendung der Erbschaft hat Beklagte nichts erinnert.

II. Daß Kläger oder dessen Frau aus den „Terrain- und Bauspekulationen" in der Zeit einen Nutzen gezogen habe, (in Miet- oder Pachtzinsen oder dgl.), in der der Fiduziar die Fideikommißerbschaft in Händen hatte, hat Beklagte nicht behauptet und ist — zumal angesichts der Kürze dieser Zeit — nicht ohne weiteres zu unterstellen. Beklagte meint: soweit der Fiduziar die Erbschaft in dieser Weise verwendet habe, habe er insofern einen Nutzen aus ihr gezogen, als er ohne die Erbschaft Zinsen aus dem Kapital hätte zahlen müssen, das er zu seinen Spekulationen hätte aufnehmen müssen. Aber diese Auffassung ist unzutreffend, weil keineswegs feststeht, daß der Fiduziar auch ohne die Erbschaft derartige Spekulationen gemacht hätte. Soweit also der Fiduziar die Erbschaft für derartige Zwecke verwendet hat, läßt sich ein Fruchtbezug desselben nicht annehmen, auch wenn in der Ersparung von Zinsen ein Fruchtbezug zu sehen ist. Ebensowenig kann von einem solchen die Rede sein, soweit der Fiduziar laufende Haushaltungs-Ausgaben aus Mitteln des Fideikommisses bestritten hat.

III. Auf der andern Seite ist klar, daß der Fiduziar insoweit Zinsen erspart hat, die er andernfalls notwendig hätte

zahlen müssen, als er aus Mitteln der Erbschaft verzinsliche Schulden heimbezahlt hat, die er sonst nicht hätte bereinigen können, und zufolge des Erwerbs der Fideikommißerbschaft eine aus Mitteln der ehelichen Gesellschaft zu verzinsende Schuld als erloschen behandeln konnte. Ohne die K.'sche Erbschaft hätten die klägerischen Eheleute in der Zeit vom 29. März 1892 bis 22. Dezember 1894 den Betrag von 7850 M. (s. Ziff. I) verzinsen müssen, zufolge des Erwerbs der Erbschaft ist diese Verzinsung teils sofort, teils mit der in der Zeit von Mai bis Juli 1892 erfolgten Heimzahlung der verzinslichen Schulden weggefallen. Hätte der Fiduziar die Zinsen der ererbten Wertpapiere bezogen und damit die Zinsen der ehelichen Schulden bezahlt, so hätte er ohne Frage in jenen Zinsen Früchte der Erbschaft bezogen; es kann aber, wenn es sich darum handelt, ob der Fiduziar aus der Fideikommiß-Erbschaft Früchte gezogen hat, keinen Unterschied machen, ob der Fiduziar Zinsen aus ererbten Wertpapieren bezogen und damit Zinsen von Schulden bezahlt hat oder ob er die ererbten verzinslichen Wertpapiere verkauft und mit dem Erlös verzinsliche Schulden heimbezahlt hat: in beiden Fällen hat er aus der Erbschaft während des Besitzes derselben wesentlich den gleichen Nutzen gezogen und es fehlt jeder innere Grund dafür, nur im ersten Fall und nicht auch im zweiten einen Fruchtgenuß des Fiduziars anzunehmen. Allerdings hat im zweiten Fall der Fiduziar keine Früchte im technischen Sinn bezogen, kein positives Erträgnis der Erbschaft vereinnahmt, aber der Satz, daß der Fiduziar sich die bezogenen Früchte in die Quart einrechnen zu lassen hat, besagt seinem Sinn nach, daß er den Nutzen einzurechnen habe, den er von der Erbschaft gehabt hat[1]). Der Nutzen des Fiduziars im vorliegenden Fall ist aber gleich der Ersparnis der Zinsen aus den oben angeführten Schulden im Betrag von 7850 M.

(In Ziff. IV wird sodann der Betrag dieses Nutzens des Klägers berechnet).

Urteil des I. Civilsenats vom 8. November 1895 in Sachen Nußbaum gegen Scheffel.

1) vgl. Brinz, Pand. 1. Aufl. S. 936.

16.

Pactum de non licitando.

Bei der Teilung des Nachlasses des J. Th. in O. wurde von seinen ihn beerbenden Kindern vereinbart, daß das im Nachlaß vorhandene Wohnhaus im Weg des öffentlichen Aufstreichs versteigert werden solle. Diese Kinder und Erben waren: die Ehefrau des Klägers und der Beklagte, außerdem zwei in Nordamerika wohnende Geschwister und ein minderjähriger Sohn, welch' letztere bei der Nachlaßregelung durch den Gemeindepfleger B. als ihren Bevollmächtigten bzw. Vormund vertreten waren. Nachdem der Beklagte bei der zweiten Aufstreichsverhandlung das Haus für 3200 M. ersteigert und Kläger zur Entschließung über Annahme dieses Gebots Bedenkzeit erhalten hatte, haben sich beide — in Abwesenheit der Miterben — dahin geeinigt, daß Kläger gegen eine ihm vom Beklagten versprochene Abstandssumme von 600 M. nicht auf das Haus bieten solle, worauf Beklagter dem Kläger einen Darlehnsschuldschein vom 17. Dezember 1894 über 600 M., zahlbar am 2. Februar 1895, ausgestellt, Kläger nicht mitgesteigert und infolgedessen der Beklagte das Haus um 3200 M. zugeschlagen erhalten hat.

Kläger verlangt nun vom Beklagten die Erfüllung seines Versprechens bzw. die Abtragung der angeblichen Darlehnsschuld mit dem Antrag: den Beklagten zur Bezahlung von 600 M. nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt, indem er geltend machte, die fragliche Vereinbarung sei unverbindlich, weil sie gegen die guten Sitten verstoße, die übrigen Erben, seine Geschwister, unrechtmäßig durch sie geschädigt worden seien, sofern diese, wenn Kläger, wie er im Sinn gehabt, 1000 M. mehr geboten hätte, je 200 M. mehr aus dem Haus erlöst haben würden, Kläger also auf Kosten der übrigen Erben einen unerlaubten Vorteil von 600 M. sich verschafft habe.

Kläger hat bestritten, daß dieser Vorteil ein unerlaubter

sei, insofern er nur das Entgelt gewesen für seinen Verzicht auf die Möglichkeit, durch Ersteigerung des Hauses ein auch bei einem Kaufpreis von 4200 M. noch für ihn vorteilhaftes Geschäft zu machen.

Die Klage ist abgewiesen worden, in zweiter Instanz aus folgenden

Gründen:

Allerdings bestehen besondere Gesetzesbestimmungen, durch welche Verträge über Abfindung von Mitbietern bei Versteigerungen für strafbar oder für ungültig erklärt würden, im Gebiet des gemeinen Rechts nicht und auch nach dem württembergischen Landesrecht sind solche Verträge nur bei herrschaftlichen Zehentverleihungen und bei Verpachtung von Kommun-Schafweiden als nichtig erklärt und unter Strafe gestellt, Bestimmungen, welche nach ihrer singulären Natur eine analoge Anwendung nicht zulassen[1]).

Aber auch aus allgemeinen Rechtsgründen können derartige Geschäfte nicht schlechthin für ungültig erklärt werden, insbesondere sind sie, gemäß der heutigen Verkehrsauschauung, nicht allgemein und grundsätzlich für sittlich verwerflich zu erachten, sondern nur dann, wenn sie im einzelnen Fall nach ihrem besonderen Anlaß und Zweck den guten Sitten widerstreiten[2]).

Dies letztere trifft nun aber im vorliegenden Fall zu.

Der Beklagte hat dadurch, daß er den Kläger vom Mitsteigern abgehalten und damit den thatsächlich einzigen Mitbewerber beseitigt hat, an dessen ernstlicher Absicht den Beklagten mindestens um 600 M. zu überbieten, nicht zu zweifeln ist, die Verkäufer offenbar benachteiligt, jedenfalls aber ihr Interesse

1) Verordnung vom 27. Mai 1807 Ziff. 2, (Reg.-Blatt vom Jahr 1807 S. 161 und vom Jahr 1818 S. 278) Dekrete vom 4. März und vom 10. April 1803 (Knapp, Repertorium württ. Gesetze und Verordnungen Bd. 1 S. 77 f.). Verordnung vom 8. Juni 1809 Ziff. 15 (Reg.-Bl. vom Jahr 1809 S. 236). Finanzministerialverfügung vom 14. Juni 1836 § 3 (Ergänzungsband zum Reg.-Bl. vom Jahr 1838 (S. 409).

2) vgl. Reichsgerichtsentscheidung Bd. 18 S. 222 und Oberl.-Ger. Hamburg bei Seuffert, Archiv Bd. 43 Nr. 102, für Württemberg: Hufnagel, Mitteilungen 2c. I. S. 338.

gefährdet, und hiemit nicht bloß — wie dies bei derartigen Verträgen gemeinhin der Fall ist — das Interesse eines als Verkäufer ihm fremd gegenüberstehenden Dritten, sondern dasjenige seiner leiblichen Geschwister verletzt und zugleich der zwischen den Miterben, bzw. deren Vertreter, getroffenen Uebereinkunft: das ererbte Haus im Weg der öffentlichen Versteigerung — also bei freier Konkurrenz — zu verkaufen, geradezu entgegengehandelt.

Dazu kommt, daß diejenigen Miterben, deren Interesse durch die Vereinbarung der Parteien hintangesetzt worden ist, bei der Erbschaftsregelung und Verkaufsverhandlung nicht selbst anwesend, sondern bloß durch ihren Bevollmächtigten, bzw. Vormund vertreten gewesen sind, so daß diese Vereinbarung als eine von den anwesenden Geschwistern (dem Kläger für seine Ehefrau und dem Beklagten) zum Nachteil der abwesenden verabredete Uebervorteilung erscheint und deshalb umsomehr zu mißbilligen ist.

Im Hinblick auf diese besonderen Umstände ist dieselbe nicht bloß als unehrenhaft und anstößig, sondern geradezu als sittlich verwerflich zu betrachten und darum nichtig — und zwar einerlei, ob der Kläger oder der Beklagte den Anstoß zu dem Handel gegeben hat. Die vom Kläger selbst für nötig erachtete Verheimlichung des wahren Sachverhalts ist übrigens für seine Auffassung der Natur des Geschäfts bezeichnend.

Die Unangemessenheit des Ergebnisses, daß Beklagter im Besitz des durch die verwerfliche Uebereinkunft erlangten Vorteils (der billigeren Erwerbung des Hauses) verbleibt, ohne das dafür versprochene Entgelt dem Kläger entrichten zu müssen, kann nicht dazu führen, den seinem Zweck nach nichtigen Vertrag wie einen giltigen zu behandeln.

Auch die Ausstellung eines Darlehensscheins kann dem Kläger nicht zu statten kommen, da, selbst wenn die Absicht der Parteien auf eine Umwandlung des Abfindungsversprechens in eine Darlehensschuld wirklich gerichtet gewesen sein sollte, wegen der Nichtigkeit des umgewandelten Geschäfts auch die Umwandlung selbst als nichtig erscheint.

Urteil des I. Civilsenats vom 17. Juni 1896 in Sachen Stöckle gegen Thumm.

17.

1. **Nach welchem Recht richtet sich die Beerbung eines in Württemberg verstorbenen Nichtwürttembergers?**
2. **Welches Gesetz ist nach württembergischen Recht bei Statutenkollision in Betreff des ehelichen Güterrechts und des ehelichen Erbrechts anzuwenden?**

Am 22. April 1894 ist der Kaufmann Friedrich M. in Stuttgart, wo er seinen letzten Wohnsitz hatte, gestorben. Er hinterließ eine Witwe L. M. (die jetzige Klägerin) und als nächste Verwandte eine Halbschwester, die auf ihr Erbrecht zu Gunsten ihrer beiden Söhne E. und O. K. (die jetzigen Beklagten) verzichtete. Die Klägerin und die Beklagten haben die Erbschaft angetreten. Der Verstorbene, von Geburt badischer Staatsangehöriger (ob zur Zeit des Todes, ist bestritten) hat sich am 4. Januar 1853 in Pforzheim mit der Klägerin verehelicht und dort den erstehelichen Wohnsitz genommen. Am 18. Oktober 1855 hat er dort eine letzte Willensverordnung errichtet, deren formelle Giltigkeit unbeanstandet ist und welche wörtlich lautet:

„Eigenhändiger letzter Wille.

Ich der unterzeichnete Bürger und Kaufmann F. M. dahier verordne für den Fall meines Vorabsterbens vor meiner Ehefrau L. M., gestützt auf die Justiz-Ministerial-Verfügung vom 16. Januar 1818, Regierungsblatt 1818 nr. III. S. 17, daß meiner genannten Ehefrau die ihr nach Landrechtsatz 738a zustehende eheliche Nutznießung zur Hälfte entzogen werden und also die Hälfte meines Vermögens meinen Erben zu gleichbaldigem Nutz und Eigentum zufallen soll.

Dieses ist mein liebster und letzter Wille, den ich eigen-

händig geschrieben und unterschrieben habe, und der nach meinem Ableben pünklich vollzogen werden soll.

Pforzheim den achtzehnten Oktober Eintausend Acht Hundert fünf und fünfzig.

(gez.) F. M."

1856 oder 1858 sind die Eheleute nach Stuttgart übergesiedelt, wo sie bis 1888 eine gemeinsame Wohnung — jedoch mit getrenntem Tisch und Schlafzimmer — inne hatten und seit 1888 getrennt lebten.

Zwischen den M.'schen Eheleuten wurde unbestritten in Ermangelung eines Ehevertrags die gesetzliche Gütergemeinschaft des badischen Landrechts begründet und in Anwendung dieses Güterrechts wurde mit Zustimmung der Beklagten die Hälfte des Gesamtvermögens (worin keine Liegenschaft sich befand) mit 70405 M. 57 Pf. der Witwe als ihr Anteil am ehelichen Vermögen zugewiesen, während die andere Hälfte von 70405 M. 57 Pf. den Nachlaß des Ehemanns bildet.

Klägerin beansprucht Teilung dieses Nachlasses nach den Grundsätzen des württembergischen Intestaterbrechts, wonach sie die Hälfte des Nachlasses zu erben hätte (das Nutznießungsrecht an der andern Hälfte des Nachlasses, dem Erbteil der Beklagten, will sie im gegenwärtigen Prozeß nicht verfolgen), während die Beklagten in der letztwilligen Verfügung vom 18. Oktober 1855 eine testamentarische Erbeinsetzung der Intestaterben badischen Rechts unter Beschränkung des gesetzlichen Nutznießungsrechts der Witwe auf die Hälfte des Nachlasses erblicken, eventuell die Teilung nach badischem Intestaterbrecht als dem Recht des ersteheli chen Wohnsitzes und des Heimatstaats des Erblassers, mit jener Beschränkung der Nutznießung der Witwe, beanspruchen. Das Gericht erster Instanz hat der Klage entsprochen und festgestellt, daß der Nachlaß des &c. M. (württ.) landrechtlicher Ordnung gemäß zu erteilen sei.

Die Berufung gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

I. Gegenstand des Rechtsstreits ist lediglich, welche Erbfolge einzutreten habe, ob die testamentarische oder die Intestaterbfolge, und im letzteren Fall, ob die des württembergischen oder die des badischen Landrechts, während die Nutznießungsansprüche der Witwe an den Erbteilen der Beklagten mit gegenwärtiger Klage nicht verfolgt werden wollen.

II. Wenn wie hier die Anwendung eines fremden Rechts streitig wird, so hat der Richter die Vorfrage, ob und in welchen Grenzen das fremde Recht anzuwenden sei, nach seinem einheimischen Recht zu beantworten; er hat also zu untersuchen, ob hierüber für den gegebenen Fall partikularrechtliche Bestimmungen oder Staatsverträge seines Heimatstaats bestehen, und hat, wenn solches nicht der Fall, die in seinem einheimischen Recht geltenden und anerkannten Regeln des internationalen Privatrechts zu befolgen. Die hievon abweichenden Gesetzesbestimmungen oder Rechtsgrundsätze eines andern Staats oder Rechtsgebiets sind für ihn nicht maßgebend, was allerdings die Folge haben kann, daß ein und dasselbe Rechtsverhältnis, je nachdem der Rechtsstreit vor dem Gericht des einen oder andern Staats zur Aburteilung kommt, nach verschiedenem Recht beurteilt, und deshalb auch in entgegengesetztem Sinn entschieden werden kann[1]).

Die Frage, nach welchem Recht die testamentarische oder Intestaterbfolge im gegenwärtigen Fall sich beurteilt, ist daher hier lediglich vom Standpunkt des württembergischen und eventuell gemeinen Rechts aus und nach den in diesen Rechten für den Fall der Kollision von Gesetzen verschiedener Staaten geltenden besonderen oder allgemeinen Bestimmungen und Grundsätzen zu entscheiden, während die hievon abweichenden Gesetze

1) Böhm, Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen § 2. Stobbe, Deutsch. Privatr. 3. Aufl. I. S. 233 (§ 29, VI). Gierke, Deutsch. Privatrecht § 25 III. Ziff. 2—4 besonders S. 215. Dernburg, Pand. I. § 45. Wächter, A. f. civ. Praxis 24 S. 237 ff. Entsch. des Reichsgerichts 14 S. 184; 24 S. 328 f.; 29 S. 289 f.; 34 S. 17; auch Behaghel, Komm. zum Bad. Landrecht 3. Aufl. I. S. 60.

und Rechtsgrundsätze des badischen Rechts, so das dort für das Erbfolgerecht geltende, im württembergischen und gemeinen Recht dagegen nicht anerkannte Prinzip, daß das Gesetz des Heimatstaats des Erblassers zur Zeit seines Todes entscheide [1]), außer Betracht zu bleiben haben.

Es ist deshalb unerheblich, ob der Erblasser M. zur Zeit seines Todes noch badischer Staatsangehöriger war oder nicht.

III. Für das eheliche Güterrecht herrscht nun im württembergischen und gemeinen Recht der Grundsatz, daß dasselbe — abgesehen von Eheverträgen — nach dem Gesetz des erstehelichen Wohnsitzes des Ehemanns sich zu richten habe und daß die spätere Verlegung des Wohnsitzes nach dem Prinzip der Unwandelbarkeit des Güterrechts hierauf (regelmäßig) ohne Einfluß sei [2]).

Es hat daher hiefür das in Pforzheim, dem erstehelichen Wohnsitz der M.'schen Eheleute, geltende badische Recht zu gelten und nach diesem Recht ist mit Grund (Satz 1474 des badischen Landrechts) der Witwe M. die Hälfte des ehelichen Gesamtvermögens als ihr Anteil an der gesetzlichen Gütergemeinschaft zugewiesen worden.

Dieses für das Güterrecht maßgebende Gesetz erstreckt sich auch auf die vermögensrechtlichen Folgen der Lösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten, welche nur Wirkungen und Teile des ehelichen Güterrechts sind, während reine Erbrechte — und dazu gehört nach dem hier maßgebenden württembergischen Recht auch das durch das württembergische Land-

1) s. bad. Landrecht Satz 3 Abs. 3. Behaghel, I. S. 44. 63. 65. Hachenburg, bad. Landr. Anm. 8 zu Satz 3. Entsch. des Reichsg. Bd. 25 S. 342. Kuhlenbeck in Jur. Wochenschrift 1895 S. 278.

2) Wächter, Württ. Privatr. I. S. 802, II. S. 92. Stein-Kübel-Hohl, Württ. Erbrecht S. 19 zu n. 3. Sarwey's Monatschrift 12 S. 311 f. Pfizer, Rechte u. Verbindl. der Weiber S. 147. Bar, Th. und Pr. des intern. Privatr. 2. Aufl. I. S. 505. 515 ff. Böhm, Die räuml. Grenzen S. 48—54. Gierke, I. S 237. Stobbe, I. S. 270 ff. (§ 34 V). Roth, Bayer. Civilr. I. S. 317 und Deutsches Privatr. § 92 zu n. 11. Entsch. des Reichsg. 6 S. 223, 12 S. 309. Württ. Archiv 21 S. 247.

recht festgesetzte (statutarische) Erbrecht des überlebenden Ehegatten, welches von einem bestimmten Güterverhältnis unabhängig ist[1]) — nach den für das Erbrecht geltenden Gesetzen und Grundsätzen zu beurteilen sind[2]).

IV. Vor der Untersuchung, welches Recht der Intestaterbfolge zur Anwendung zu bringen ist, ist zu sehen, ob nicht die Intestaterbfolge durch eine testamentarische Verfügung des Erblassers M., durch dessen letztwillige Verordnung vom 18. Oktober 1855 ausgeschlossen worden ist.

Daß diese Willensverordnung nach dem Gesetz des Orts der Errichtung (Pforzheim) formell giltig ist, ist unbestritten und diese nach dem Gesetz des Orts der Errichtung formelle giltige Verfügung hat auch trotz der Wohnsitzveränderung des Erblassers diese formelle Giltigkeit beibehalten[3]). Ihrem materiellen Inhalt nach ist jedoch darin eine testamentarische Verfügung, eine Erbeinsetzung und überhaupt eine Disposition über den Grundstock des Nachlasses nicht zu finden, mag man die Willensverordnung vom Gesichtspunkt des badischen oder des württembergischen und gemeinen Rechts aus auslegen und beurteilen. (Die Gründe führen dies näher aus und fahren dann fort):

V. Es hat sonach die Intestaterbfolge einzutreten und es fragt sich, ob hiefür das badische oder württembergische Recht maßgebend ist. Auch dies beurteilt sich nach dem unter Ziff. 2 Ausgeführten nach württembergischen Recht und wenn dieses keine besonderen Bestimmungen darüber hat, nach dem in Württemberg geltenden gemeinen Recht, während der Grundsatz des badischen Rechts, daß für die Erbfolge das Gesetz des Heimatstaats, das Recht der Staatsangehörigkeit des Erblassers entscheide, außer Betracht kommt.

1) Bolley, 33 Aufl. S. 277 f. Stein-Kübel-Hohl, § 35 Zus. 1. Römer, W. Erbr. § 200 II. Württ. Arch. Bd. 15 S. 179; 16 S. 334.

2) Gierke, I S. 237 f. Stobbe, I S. 278 f. Bar, I S. 528 f. Seuff., Archiv 32 nr. 102; 43 nr. 196.

3) Bar, II S. 324. Böhm, § 32 Ziff. 1 S. 188 f. Jurisdiktionsvertrag mit Baden vom 5. Jan. 1836 (Reg.-Blatt S. 12) Art. 22.

Für das gemeine Recht geht nun die herrschende Theorie und Praxis dahin, daß für das Erbrecht, besonders das gesetzliche Erbfolgerecht, einschließlich des Erbfolgerechts der Ehegatten das letzte Personalstatut des Erblassers maßgebend sei und daß als solches ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit das Gesetz des letzten Wohnsitzes desselben zu gelten habe[1]). Nach gemeinrechtlichen Grundsätzen würde sonach die Intestaterbfolge in den Nachlaß des M. nach dem am letzten Wohnsitz desselben in Stuttgart geltenden Recht, also nach dem württembergischen Landrecht zu geschehen haben.

Es fragt sich jedoch, ob nicht das in erster Linie maßgebend württembergische Partikularrecht hierin vom gemeinen Recht abweicht. Der württembergische Staatsvertrag mit Baden vom 5. Januar 1826 bezieht sich in Art. 22 nur auf die Form der Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf den Todesfall und ist daher hieher ohne Belang. Für das Erbrecht im Allgemeinen kennt ferner das württembergische Recht der richtigen Ansicht nach keine Abweichung vom gemeinen Recht[2]).

Dagegen wird für die Intestaterbfolge der Eheleute vielfach[3]) auf Grund der K. Verordnung vom 12. September 1814 §§ 8 und 9 (Reg.-Bl. S. 327), welche Gesetzeskraft hat, als Grundsatz des württembergischen Rechts angenommen, daß diese Intestaterbfolge sich nicht nach dem Gesetz des Wohnorts des Erblassers zur Zeit seines Todes, sondern

---

1) Bar, II S. 310 f. 319 (§ 365. 369). Böhm, Räuml. Herrsch. § 30. 31 und intern. Nachlaßbehandl. § 5. Stobbe, I S. 278 f.; S. 283 ff. Gierke, I S. 243. Mommsen im Arch. f. civ. Pr. 61 S. 152. Savigny, System 8 S. 295 ff. 314. Dernburg, Pand. I § 46. Entsch. des Reichsg. 8. S. 146; 14 S. 134 und in Seuff., Archiv 46 nr. 267. Wächter, Arch. für civ. Pr. Bd. 25 S. 193 ff., 363 ff., 381.

2) Stein-Kübel-Hohl, § 5. Mayer, Fam. u. Erbr. § 60 III S. 91. Ebenso Wächter, II S. 100. 105 vgl. mit Jahrb. der W. Rechtspfl. 6 S. 204.

3) Insbesondere von Wächter, W. Privatr. I 804 u. II S. 105, welchem folgen Römer, § 200 I Ziff. 4. Stein-Kübel-Hohl, § 5 Zus. 1. Reyscher, W. Privatr. § 79 Ziff. 3 u. Note 7. Mayer, § 66 Ziff. 2. S. 103. Gutachten des Pupillen-Senats in Sarwey's Monatschrift 12 S. 311 ff.

nach dem Gesetz des Wohnortes zu richten habe, welchen der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe hatte, daß daher mit Aenderung des Wohnortes der Ehegatten ihr Intestaterbrecht sich nicht ändere. Nach diesem Grundsatz würde daher hier das am ersteheliche Wohnsitz der M.'schen Eheleute in Pforzheim geltende badische Landrecht und das dort bestimmte Erbfolgerecht unter Ausschluß der Witwe zur Anwendung kommen.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden.

Der § 9 der genannten Verordnung vom 12. September 1814, worin für das Erbfolgerecht der Eheleute bei Trennung der Ehe nach eingeführtem württembergischen Recht in Ermangelung von Erbverträgen und testamentarischen Verfügungen das Erbrecht am Ort des Wohnsitzes bei Schließung der Ehe und zur Zeit dieser Eheschließung als maßgebend anerkannt wird, hatte, wie der Zusammenhang mit § 8 daselbst unzweideutig ergiebt, nur die Eheleute, welche in den neu erworbenen Landen vor Einführung der württembergischen Gesetze ihre Ehe geschlossen haben, im Auge. Diese beschränkte und nur transitorische Natur der Bestimmung ergiebt sich ferner aus der Ueberschrift der K. Verordnung „über die Anwendung des württembergischen Rechts in den neu erworbenen Landesteilen", sowie aus dem im Eingang der K. Verordnung gegebenen Anlaß und Zweck derselben, woselbst es wörtlich heißt:

„Wir haben durch frühere Verordnungen Unsre allerhöchste Willensmeinung zu erkennen gegeben, daß mit dem 1. Jan. 1807 . . . sämtliche statutarischen Gesetze der mit Unsrem Königreich zu einem Ganzen vereinigten vormaligen Territorien und Gebiete ihre verbindende Kraft verlieren und von obgedachtem Zeitpunkt an die altwürttembergischen Gesetze als allgemein geltendes Recht angesehen werden sollen.

Dabei konnte jedoch Unsre allerhöchste Absicht nie dahin gehen, diesen Gesetzen eine rückwirkende Kraft beizulegen und sie zum Nachteile wohlerworbener Rechte Unserer Unterthanen in den neu acquirierten Ländern anwenden zu lassen.

Gleichwohl ist aus vielen zur Kenntnis Unsrer höchsten Justizstellen gekommenen Thatsachen zu entnehmen gewesen, daß in Rücksicht der Anwendung des württembergischen Rechts auf frühere Fälle mancherlei Ungleichheiten in der Behandlungsart vorgekommen, auch noch jetzt vorhanden sind, und Wir finden Uns daher bewogen, über diesen Gegenstand folgende allgemeine und auf einige der häufigeren Fälle angewandte Vorschriften zu erteilen."

Es sollte also nur die Frage der Rückwirkung oder Nichtrückwirkung der altwürttembergischen Gesetze auf die vor deren Einführung in den neuwürttembergischen Landesteilen begründeten Rechtsverhältnisse, dabei auf die in diesen Landesteilen vor der Einführung jener Gesetze geschlossenen Ehen und auf das Erbrecht „solcher" Eheleute einheitlich geregelt und der vorgekommenen Ungleichheit in Frage der Rückwirkung des altwürttembergischen Rechts, namentlich der unrichtigen Anwendung der gleichfalls nur transitorischen, für die Einführung des 3. Landrechts gegebenen Landrechtsbestimmung IV, 1 § 3 auf die jetzigen Verhältnisse entgegengetreten werden[1]).

Dabei ist allerdings das Ober-Justiz-Kollegium und dessen Referent Georgii, dessen Anträge für das Gesetz von 1814 von dem Gesetzgeber, dem König, genehmigt wurden und dessen Motive daher als Gesetzesmotive anzusehen sind[2]), von anderen Grundsätzen als seiner Zeit das württembergische Landrecht vom 1. Juni 1610 ausgegangen. Während hier bei einem Todesfall nach eingeführtem neuem Landrecht „der Todesfall und nicht die eheliche Verpflichtung anzusehen und den Erbfall bringen" soll, also das Erbrecht nach dem Gesetz zur Zeit des Todes sich bestimmen sollte, welchen Grundsatz auch bei der jetzigen Aenderung der Gesetzgebung in den neuwürttembergischen Landen die Tübinger Universität angewendet wissen wollte[3]), ging Georgii (und mit ihm das Ober-Justiz-Kollegium) von der Ansicht aus, daß die Eheleute in Ermangelung von

1) **Wächter**, I S. 800—806.
2) **Wächter**, I S. 804 Note 31.
3) **Wächter**, I S. 804 Note 32.

Ehekontrakten wie für die Gütergemeinschaft, deren Wirkungen ja gleich mit Anfang der Ehe sich zu äußern beginnen, so auch für das mit der Gütergemeinschaft in untrennbarer Verbindung stehende Erbfolgerecht sich den Gesetzen zur Zeit und am Wohnort der Schließung der Ehe unterwerfen wollen und jedenfalls, wenn sie zur Zeit der Eheschließung an das Erbrecht noch nicht gedacht haben sollten, doch eine einheitliche Norm für alle ihre ähnlichen Verhältnisse haben wollen, daß auch bei Aenderung der Gesetzgebung während der Ehe eine Absicht, das einmal „erworbene" Erbrecht beizubehalten anzunehmen sei [1]).

Diese Prinzipien über den Schutz wohlerworbener Rechte sind der K. Verordnung vom 12. September 1814 „zu Grunde gelegt worden [2])," daraus floß der § 9 des Gesetzes [3])."

Damit ist jedoch nicht, wie Wächter annimmt, dieser Grundsatz im Gesetz als allgemeiner Grundsatz dahin ausgesprochen (verkündet) worden, daß das zur Zeit der Eheschließung am Wohnort des Ehemanns geltende eheliche Erbrecht in allen Fällen und für alle Zeiten, so auch bei später geänderter Gesetzgebung oder, was gleichbedeutend sei [4]), bei späterer Veränderung des Wohnsitzes maßgebend bleibe, also hiefür stets das erste Domizil des Ehemanns entscheide. Das Gesetz blieb darum nicht weniger rein transitorischer Natur, es bezieht sich seinem klaren Wortlaut und Zweck nach nur auf die vor der Einführung des altwürttembergischen Rechts in den neuwürttembergischen Landen schon geschlossenen Ehen und die hiedurch begründeten Verhältnisse. Nur das, was in diesen Ehen Rechtens sein soll, ist im Gesetz erklärt und Gesetz geworden. Die Ansicht des Gesetzgebers über den Inhalt des bestehenden Rechts und über die Richtigkeit der zu seiner Zeit bestehenden Theorien ist wohl für die Auslegung, nicht

---

1) Georgii im Arch. für civ. Pr. 3 S. 175—180 u. Wächter, I S. 804 Note 32.

2) Georgii, a. a. O. S. 189.

3) Wächter, I S. 804 Note 32; II S. 105.

4) Wächter, I S. 801 Note 23 u. im Arch. f. civ. Pr. 25 S. 49 Note 263. Pupillensenat in Sarwey's Monatschr. 12 S. 311 f.

aber für die Ergänzung und Ausdehnung des Gesetzes zu verwerten; selbst wenn jene Ansicht des Gesetzgebers ihn zu der gesetzlichen Anordnung bestimmt hat (ja selbst wenn er die Absicht gehabt haben sollte, sie mittels des von ihm erlassenen Gesetzes zur allgemeinen Geltung zu bringen; was übrigens für das gegenwärtige Gesetz nicht nachweisbar ist), so bleibt sie nichts weniger bloßes Motiv, wenn sie, wie hier, im Gesetz selbst keinen (rechtsförmlichen) Ausdruck gefunden hat und der klare Wortlaut und Zweck des Gesetzes für eine ausdehnende Auslegung im Sinne der Motive keinen Raum giebt[1]). Zudem hatte jenes Gesetz von 1814 sich nur mit der zeitlichen Kollision, mit der Frage der Rückwirkung neuer Gesetze zu befassen; auf den allerdings verwandten Fall der örtlichen Kollision verschiedener Erbrechte, auf die räumliche Herrschaft bestimmter Intestaterbrechtsgesetze, ist der Referent Georgii in seinen Ausführungen zur Begründung der vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen überhaupt nicht eingegangen[2]), so daß umsoweniger der Wille des Gesetzgebers, auch hierüber eine allgemein geltende Gesetzesbestimmung zu treffen, angenommen werden kann.

Wächter selbst hält[3]) das von Georgii für das Erbrecht der Eheleute angenommene Prinzip, welches diesen zu der Gesetzesbestimmung in § 9 veranlaßte, für unrichtig und für schon damals bestritten und hat selbst in einigen anderen Punkten die von Georgii angenommenen Grundsätze über die Rückwirkung von Gesetzen für irrig und von falschen Voraussetzungen ausgehend erklärt und darum vor einer Verallgemeinerung, vor einer allgemeinen Anwendung auf die Lehre vor der Rückwirkung gewarnt[4]). Es kann daher auch dem auf unrichtigem

1) s. Stobbe, I S. 194 f.

2) s. Arch. f. civ. Pr. 3 S. 145 ff. Beitrag zur Lehre von der Rückanwendung neuer Gesetze.

3) In seinem Privatrecht I S. 802; II S. 105.

4) W. Privatr. I S. 805 nr. 35 und in Sarwey's Monatschr. 4 S. 436, wo er in Note 35 in Beziehung auf das Gesetz von 1814 sagt: „schon deshalb muß man behutsam sein, wenn man dem Gesetz eine allgemeine analoge Anwendung auf die Lehre von der Rückwirkung über-

Grundsatz beruhenden Bestimmungen in § 9 des Gesetzes keine allgemeine, über den klaren Wortlaut und den Zweck des Gesetzes hinausreichende Bedeutung beigemessen werden, so wenig dies für die gleichfalls nur transitorische Bestimmung des württembergischen Landrechts von 1610 zu billigen war und von Wächter (S. 80 2 f.) gebilligt wurde [1]).

Wächter bemerkt zwar [2]) gegenüber Reinhardt

„allein die betreffende Bestimmung jenes Gesetzes floß nicht nur aus ganz allgemeinen Gründen, sondern es sprechen für den allgemeinen Satz auch noch andere Argumente aus unsren Quellen, wie ich a. a. O. zeigte."

An dem angeführten Ort [3]) ist das Spezialreskript des Ober-Justiz-Kollegiums vom 17. Januar 1809 genannt, worin allerdings derselbe Grundsatz, daß bei allen früheren Ehen ein stillschweigender Vertrag, wodurch sich die Ehegatten dem damals geltenden Statut unterworfen, anzunehmen sei, ausgesprochen wird, und dasselbe ist auch von anderen höheren Behörden, so in einem Erlaß des Kultusministeriums vom 28. Dezember 1810 [4]) geschehen. Dies beweist aber nur, daß verschiedene Behörden damals (übrigens sich nicht einmal gleich bleibend [5]) jene Rechtsanschauung hatten und dieselbe in ihren Verfügungen und Bescheiden zur Anwendung brachten ohne daß damit jene Rechtsanschauung hätte Gesetzeskraft bekommen können. Und auch der von Wächter weiter angeführte Staatsvertrag mit Baden vom 10. April 1807 (ratifizierter Tausch- und Publikationsvertrag Reg.-Bl. S. 389 ff.) bezog sich nur auf die Wirkung der neuen Gesetzgebung auf die wenigen da-

haupt geben will. Das Gesetz hat freilich den Fehler, daß es in den meisten seiner §§ sich so allgemein ausdrückt, als ob es die Lehre von der Rückwirkung überhaupt normieren wollte. Allein Rubrik und Eingang beweisen die spezielle Beziehung des Gesetzes genügend."

1) Richtig Reinhardt, Komm. z. Landrecht III S. 9 f.

2) In seinem Württemberg. Privatrecht II S. 105 Note 40.

3) I S. 803 f.

4) Wächter, I S. 803 Note 29.

5) vgl. a. a. O. S. 803.

mals vertauschten Orte, Güter rc., wobei zur möglichsten Schonung der bisherigen Staatsbürger verfügt wurde, daß die Verhältnisse der Einwohner, besonders die aus der ehelichen Gütergemeinschaft herrührenden Rechte und das Erbfolgerecht der Eheleute, die ohne besondere Verträge einander stillschweigend auf das Landrecht geheiratet haben, in vorkommenden Fällen nur nach den bisher in erwähnten Orten giltig gewesenen Gesetzen beurteilt werden sollen. Also auch dieser Staatsvertrag hatte einen ganz speziellen, auf andere Verhältnisse zu übertragenden Inhalt.

Daß aber der in jenen singulären Gesetzen und von den damaligen Behörden angenommene Rechtsgrundsatz über die Rückwirkung von Gesetzen in Absicht auf das eheliche Erbrecht für sich und besonders in der Ausdehnung auf die Kollision von Gesetzen bei Aenderung des ehelichen Wohnsitzes im Wege gewohnheitsrechtlicher Bildung in Württemberg Gesetz geworden wäre, kann schon darum nicht angenommen werden, weil jener Grundsatz in der württembergischen Theorie von jeher streitig war[1]), und schon wegen der Seltenheit solcher Kollisionsfälle eine konstante Praxis der württembergischen Gerichte und Teilungsbehörden darüber nicht besteht[2]). Fehlt es sonach an einer partikulären Gesetzesbestimmung des einheimischen Rechts, so muß, da der früher in Württemberg angenommene Grundsatz der stillschweigenden Unterwerfung der Eheleute unter das Gesetz des erstehelichen Wohnsitzes besonders hinsichtlich des Erbrechts nicht haltbar ist, im Einklang mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen auch in Württemberg das Gesetz des letzten Wohnsitzes für das Intestaterbrecht der Eheleute als maßgebend erachtet werden.

Hieraus folgt, daß hier, entsprechend dem Klagantrag, für die Erbfolge der gesetzlichen Erben des in Stuttgart, an

1) s. Wächter, I S. 801 und für die Zeit vor dem Gesetz von 1814 Griesinger, Landrechtskommentar 7 S. 12 f.

2) s. Sarwey's Monatschrift 12 S. 311 ff. (am Schluß). Die Teilungsbehörde hat in dem M'schen Teilungsgeschäfte bemerkt, daß die Praxis der Teilungsbehörden hierüber eine verschiedene sei.

seinem letzten Domizil, verstorbenen M. die Bestimmungen des württembergischen Landrechts, wonach die Witwe bei bloßer Konkurrenz mit Seitenverwandten des Erblassers die Hälfte und die Verwandten die andere Hälfte des Nachlasses als gesetzliche Erben anzusprechen haben, zu Grunde zu legen sind.

VI. Dieses Intestaterbrecht der Ehegatten hat allerdings nach württembergischem Landrecht IV, 2 § 1 zur Voraussetzung, daß die Eheleute nach „gehaltenem Kirchgang allbereit zu ehelichem Beilager kommen und die Deckin beschlagen" haben. Allein hiezu ist, wie in der württembergischen Theorie und Praxis außer Streit ist[1]), nicht die Vollziehung des ehelichen Beischlafs erforderlich, sondern nur, daß die Eheleute (durch den symbolischen Akt der Beschreitung des Ehebetts) das eheliche Zusammenleben thatsächlich begonnen haben. (Es wird gezeigt, daß es hiezu jedenfalls gekommen ist; sodann heißt es): Wenn schließlich der Anwalt der Beklagten es für bedenklich hält, dem badischen Güterrecht das auf der völlig verschiedenen Grundlage der württembergischen Errungenschaftsgesellschaft aufgebaute württembergische Erbrecht aufzupfropfen, so genügt der Hinweis, daß das statutarische Erbrecht der Ehegatten von der Art des Güterverhältnisses völlig unabhängig ist[2]) und daß die gemeinrechtlichen Grundsätze, welche für das Güterrecht den erstehelichen, für das Erbrecht aber den letzten Wohnsitz des Erblassers entscheiden lassen, vielfach zur Anwendung der Gesetze verschiedener Staaten hinsichtlich der Teilung der Gütergemeinschaft und der Teilung des Nachlasses führen müssen.

Urteil des I. Civilsenats vom 12. Juli 1895 in Sachen Keppel gegen Magenau.

Die Revision gegen dieses Urteil hat das Reichsgericht zurückgewiesen: vgl. R.G. 36 nr. 51.

---

1) Lang, Personenrecht 2. Aufl. § 45 I Note 3. Weishaar, W. Privatrecht I § 147. Reyscher, W. Privatr. § 551 zu Note 5. Griesinger 7 S. 225 ff. Reinhardt, III S. 13 Anm. 1. Mandry, Civilrechtl. Inhalt 3. Aufl. S. 514 Note 31.

2) Stein-Kübel-Hohl, § 35 Zus. 1. Württ. Arch. 15 S. 179; 16 S. 334.

18.

Auslegung von Versicherungsbedingungen; was ist unter „offenbarer Trunkenheit“ zu verstehen? Beweislast.

Eine auf Auszahlung der Versicherungssumme belangte Unfallversicherungsgesellschaft machte geltend, der Versicherte sei in betrunkenem Zustand verunglückt und sie deshalb die Versicherungssumme zu bezahlen nicht schuldig gemäß § 4 der Versicherungsbedingungen, der lautet:

„§ 4. Ausnahmen:

Nicht inbegriffen im Versicherungsvertrag sind: ....

b) körperliche Unfälle, welche durch Krieg, Erdbeben, Aufruhr, Duell, Raufhändel, durch Teilnahme an Wettrennen, Parforcejagden, Luftballonfahrten, durch Vorsatz des Versicherten oder in dessen offenbarer Trunkenheit oder durch Selbsttötung herbeigeführt werden.“

Das Berufungsgericht hat in Uebereinstimmung mit dem Gericht erster Instanz diesen Einwand zurückgewiesen aus folgenden, den näheren Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der § 4 des von dem Erblasser der Klägerin mit der Beklagten abgeschlossenen Versicherungsvertrags führt unter den Ausnahmen von der Verpflichtung der letztern zur Bezahlung der Versicherungssumme unter lit. b) körperliche Unfälle auf, welche in offenbarer Trunkenheit des Versicherten herbeigeführt werden.

Ereignet sich daher ein körperlicher Unfall, welcher, wenn er nicht unter einem der besonderen in der lit. b) erwähnten Umstände eingetreten wäre, jene Verpflichtung der Beklagten begründen würde, so hat diese zum Zweck der Befreiung von ihrer Verpflichtung zu behaupten und zu beweisen, daß einer jener Umstände vorliege, im gegebenen Fall also, daß der körperliche Unfall des Erblassers der Klägerin in offenbarer Trunkenheit desselben herbeigeführt worden sei. Würde man annehmen, daß das Nichtzutreffen eines der in der lit. b) be-

zeichneten Umstände bei dem Unfall die von dem Versicherten zu beweisende Voraussetzung des Anspruchs auf die Versicherungssumme bilde, so käme man zu dem unbilligen Ergebnis, daß die Beklagte in jedem einzelnen Fall durch die Behauptung, daß der Unfall in der Betrunkenheit des Versicherten sich ereignet habe, die Geltendmachung des Anspruchs des letztern erschweren oder, da dem Versicherten gar häufig keine Beweismittel für das Nichtbetrunkensein zu Gebot stehen, vereiteln könnte.

Nach den eidlichen Angaben der Zeugen Gl., E., U., H., O., in deren Gesellschaft sich der Ehemann der Klägerin am Abend des 7. Februar 1895 vor seinem Unfall in der Wirtschaft zum Bäumle in Ulm befunden hat, und der Chr. W., der Inhaberin dieser Wirtschaft, hat G. damals daselbst in der Zeit von etwa ½8 oder ½9 Uhr bis gegen 12 Uhr 2 bis 3 Schoppen Wein, nach dem Zeugnis des E. gewöhnlichen Rotwein, getrunken, sich bis zuletzt an der Unterhaltung beteiligt, lebhaft gesprochen, ohne daß ihm das Sprechen irgendwie Schwierigkeiten gemacht hätte, und es war derselbe beim Verlassen jener Wirtschaft angeheitert (U., O., W.), nach dem Zeugen Gl. etwas, nach dem Zeugen E. ziemlich angeheitert, nach dem Zeugen H. sehr guter Laune, dagegen nach der übereinstimmenden Aussage jener Zeugen nicht betrunken (nach dem Zeugnis des Gl., welcher übrigens gleichzeitig nur von einem etwas angeheiterten Zustand spricht, nicht absolut betrunken), er hatte keinen Rausch, wobei die Zeugin W. anfügt, daß sie unter betrunken denjenigen verstehe, welcher nicht mehr wisse, was er thue, solches sei bei G. durchaus nicht der Fall gewesen. Als Merkmale ihrer Wahrnehmung, daß der letztere beim Verlassen der Wirtschaft zum Bäumle nicht betrunken gewesen sei, haben die Zeugen angegeben, daß er ohne fremde Unterstützung Hut und Ueberzieher an sich genommen, seine Zeche bezahlt habe, ohne daß ihm solches nach der Zeugin W. irgend welche Schwierigkeiten gemacht hätte, wogegen G. nach der Angabe dieser Zeugin, wenn er einen Rausch gehabt hat, erst am andern Tag seine Zeche bezahlt hat, und daß derselbe ohne Unterstützung

sich aus jener Wirtschaft fortbegeben habe. Vorstehende Wahrnehmungen werden von dem Zeugen Th. insoferne bestätigt, als derselbe an dem Tag, an welchem G. gestorben ist, oder an dem darauf folgenden Tag, von Bekannten, in deren Gesellschaft sich der letztere am Abend des 7. Februar befunden hat, gehört hat, daß G. nicht betrunken gewesen sei, was den Zeugen Th. zu der Bemerkung in seinem Sektionsbericht veranlaßt hat, daß G. „nach persönlicher Rücksprache aus der Gesellschaft seiner Bekannten nicht auffallend betrunken“ weggegangen sei.

Die Beklagte macht nun allerdings geltend, daß unter dem angeheiterten Zustand, von welchem die Eingangs erwähnten Zeugen sprechen, offenbare Trunkenheit im Sinn des § 4 b) der Versicherungsbedingungen zu verstehen sei, indem jene Zeugen sich nur eines milden Ausdrucks bedient haben. Allein offenbare Trunkenheit ist nur diejenige, welche in solchem Grad vorhanden ist, daß sie von Jedermann als ein Zustand erkannt wird, welcher den Gebrauch der geistigen und körperlichen Kräfte, namentlich auch die Fähigkeit zu freier und sicherer Bewegung erheblich beeinträchtigt. Eine derartige Betrunkenheit wird aber in dem gemeinen Sprachgebrauch wesentlich von einem angeheiterten, d. h. durch den Genuß geistiger Getränke zwar angeregten, aber in der angeführten Beziehung nicht nachteilig beeinflußten Zustand unterschieden und läßt sich auch aus dem von den Zeugen geschilderten Verhalten des G. nicht mit Sicherheit entnehmen. Vielmehr sprechen die angeführten Vernehmungen der Zeugen eher gegen das Vorhandensein wesentlicher Störungen der geistigen und körperlichen Funktionen des G. unmittelbar vor dem Eintritt des Unfalls desselben.

Die Beklagte hat daher den ihr obliegenden Beweis, daß G. zur Zeit seines Unfalls offenbar betrunken gewesen sei, nicht geführt.

Urteil des II. Civilsenats vom 12. Dezember 1895 in Sachen der Schweizerischen Unfallversicherungsgesellschaft in Winterthur gegen Gehrung.

19.

Lebensversicherung; Verwirkungsklausel.

Der Kläger hat, nachdem seine Aufnahme bei einer andern Lebensversicherungsgesellschaft auf Schwierigkeiten gestoßen war, durch Vertrag vom 19. November 1890 sein Leben bei der Beklagten um 200000 M. versichert. Die Prämien waren je am 3. November jedes Jahres fällig. Am 3. November 1892 hat Kläger die Prämien nicht bezahlt; die am 20. Februar 1893 erfolgte Zahlung (der einige Tage nachher die Zahlung der bis dahin erwachsenen Verzugszinsen nachfolgte) hat Beklagte, wie sie am 23. Februar 1893 dem Kläger schrieb, vorläufig nur als Depot angenommen, weil durch diese Einsendung des Policenbetrags die Policen „nicht wieder in Kraft getreten" seien; später hat sie den eingesandten Betrag an den Kläger zurückgehen lassen und erklärt, daß sie auf Grund der über den Kläger in der Zwischenzeit erstatteten ärztlichen Atteste die Policen nicht wieder in Kraft setzen könne.

Kläger hat nun Klage erhoben mit dem Antrag: festzustellen, daß der am 19. November 1890 zwischen den Parteien geschlossene Lebensversicherungsvertrag über den Betrag von 20000 M., worauf die eine der 3 ausgestellten Policen lautete, zu Recht bestehe.

Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie erachtet die Police für ungiltig infolge davon, daß die Prämie am Verfalltag nicht bezahlt worden ist. Diese Auffassung stützt sie darauf, daß in der Police gesagt ist: „Die jährliche Summe von 928 M. muß — während der Dauer des Vertrags jährlich am 3. Tage des Monats November an die Gesellschaft in ihrem Bureau in der Stadt Berlin entrichtet werden" — und in den auf der Rückseite der Police stehenden, in dieser als „Teil des Vertrags" bezeichneten Bestimmungen: — „Wird diese Police durch Nichtbezahlen der Prämie ungiltig, so sollen alle bis dahin geleisteten Zahlungen, ausgenommen im später bezeichneten

Falle, an die Gesellschaft verfallen." (Dieser „später bezeichnete Fall" findet sich unter der Rubrik „Vollbezahlte Police", wo bestimmt ist: die Gesellschaft verpflichtet sich, nach Bezahlung von drei vollen Jahresprämien eine prämienfreie Police auf einen in Gemäßheit eines New-Yorker Gesetzes zu berechnenden Betrag auszufertigen, wenn die Police ihr „vor versäumter Zahlung irgend einer Prämie oder innerhalb einer Frist von sechs Monaten danach" übergeben werde.) Weiter verweist Beklagte auf die Rubrik „Unbestreitbarkeit", wo es heißt: nach 2 Jahren vom Datum der Police an sollen die einzigen für den Versicherten bindenden Bedingungen sein: „1) die regelmäßige und pünktliche Zahlung der in der Police festgesetzten Prämien" —, und auf Ziffer 3 der „Notiz" des Policen-Umschlags: „die Gesellschaft übernimmt keine Verpflichtung, eine durch Nichtbezahlung der Prämien erloschene Versicherung wieder in Kraft zu setzen." Beklagte macht ferner geltend, daß Kläger selbst thatsächlich und ausdrücklich anerkannt habe, daß seine Versicherung infolge davon erloschen sei, daß er die Prämien nicht am 3. November 1892 bezahlt habe, und daß er an dieses (außergerichtliche) Anerkenntnis im Prozeß gebunden sei.

Kläger dagegen macht geltend: der Versicherungsvertrag enthalte keine Bestimmung, wonach die Police ungiltig werde, wenn die Prämie nicht am Verfalltag bezahlt werde; einen etwaigen Verzug seinerseits habe er dadurch geheilt, daß er die Prämien bezahlt habe, ehe ihm Beklagte erklärt habe, daß sie die Versicherung als erloschen betrachte; sein Verzug sei übrigens ein unverschuldeter gewesen, sofern ihm im September oder Oktober 1892 der — im Oktober zum Generalinspektor ernannte — Generalagent und Subdirektor der Beklagten, Martin Neuburger in Ulm, auf seine Bemerkung, daß er die Prämien erst im Februar bezahlen wolle, erwiedert habe: dies werde einem Anstand nicht unterliegen; Beklagte habe gegen Treu und Glauben verstoßen, indem sie nach dem angeblichen Verfall der Police monatelange Verhandlungen ihres Vertreters Neuburger mit dem Kläger über Umwandlung einer Police in eine prämienfreie geduldet habe, während sie gewußt habe, daß

sich Kläger in Unkenntnis davon befinde, daß die Policen angeblich ungiltig geworden sein sollten.

Die Klage wurde abgewiesen und die Berufung gegen dieses Urteil zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

I. Wenn auch ein Rechtssatz des Inhalts nicht besteht, daß eine Lebensversicherung erlischt, falls die Prämie nicht pünktlich bezahlt wird, so enthalten doch erfahrungsgemäß die Versicherungsbedingungen der Lebensversicherungsgesellschaften regelmäßig eine Bestimmung dieses Inhalts, die zur Aufrechterhaltung eines geordneten Geschäftsgangs bei einer großen Ausdehnung des Kreises der Versicherten kaum zu entbehren ist. Es ist deshalb von vornherein wahrscheinlich, daß sich auch in den von der Beklagten abgeschlossenen Versicherungsverträgen eine derartige Klausel findet.

Damit zwar, daß nach der Police die Prämie jährlich am 3. November bezahlt werden „muß", ist über die Folgen der Unterlassung der pünktlichen Zahlung nichts gesagt.

Wohl aber ist eine Bestimmung in dieser Richtung durch den Satz getroffen: „Wird diese Police durch Nichtbezahlung der Prämie ungiltig, so sollen alle bis dahin geleisteten Zahlungen — an die Gesellschaft verfallen."

Nach den Buchstaben ist hiemit freilich nur für den Fall Vorsorge getroffen, daß eine Police durch Nichtzahlung der Prämie ungiltig wird; aber dies beweist eben, daß dieser Fall nach den Statuten bzw. Vertragsbedingungen eintreten kann und da sich in der Police sonst keine Bestimmung findet, welche die Voraussetzungen festsetzen würde, unter denen die Police durch Nichtzahlung ungiltig wird, so führt eine unbefangene Auslegung zu dem Ergebnis, daß in dem angeführten Bedingungssatz zugleich die dispositive Norm enthalten ist: „diese Police wird durch Nichtbezahlung der Prämie ungiltig."

Eine „Nichtbezahlung" der Prämie aber liegt vor, sobald der Zeitpunkt vorüber ist, in dem spätestens gezahlt werden muß, und Zahlung nicht erfolgt ist. Dieser Zeitpunkt war im gegenwärtigen Fall der 3. November. Die mit dem Kläger

vertragsmäßig getroffene Vereinbarung ging also dahin: „die Police wird ungiltig, wenn die Prämie nicht spätestens am 3. November bezahlt wird." Dadurch, daß für diesen Fall die Ungiltigkeit der Police festgesetzt ist, ist klar zum Ausdruck gebracht, daß es keiner Rücktrittserklärung der Beklagten mehr bedürfe, die Versicherung mit Eintritt der Thatsache verwirkt sein sollte, daß der Verfalltag der Prämie ohne Zahlung abgelaufen war. Wird aber der Versicherte durch den Ablauf dieses Tages, falls er bis dahin die Prämie nicht entrichtet hat, nicht bloß in Verzug gesetzt, sondern ist die Police hiemit verwirkt, so kann von Heilung eines Verzugs keine Rede sein und — in Ermanglung dahingehender Vertragsbestimmungen — ebensowenig davon, daß durch nachträgliche Bezahlung der Prämie die eingetretene Verwirkung der Versicherung wieder rückgängig wird (vgl. auch Ziff. 3 der Notiz auf dem Umschlag der Police).

II. Gegen die im Vorstehenden dargelegte Auslegung des Schlußsatzes der in der Police unter der Rubrik „Einzahlung der Prämien" enthaltenen Bestimmungen spricht es in keiner Weise, wenn in Ziff. 10 des Rechenschaftsberichts der Beklagten über das Jahr 1891 gesagt ist: der Versicherungsvertrag gehe einfach dahin: „wenn N. N. die Prämie bezahlt, während er noch lebt, so wird die Gesellschaft die Police bezahlen, wenn er stirbt." Hiemit will nicht eine Auslegung des Versicherungsbetrags dahin gegeben werden, daß die Police bezahlt werde, wenn nur die Prämien bis zum Tod des Versicherten irgend einmal, gleichgiltig wann, bezahlt worden seien. Diese auf Anlockung des Publikums berechnete Anpreisung will vielmehr eben die Hauptsache, die Unanfechtbarkeit der Police, kurz und schlagend hervorheben, ohne darüber etwas auszusagen, in welcher Weise die Prämie bezahlt werden muß.

III. Es mag hart erscheinen, daß der Versicherte der Versicherung und der gezahlten Prämien verlustig geht, wenn er auch nur einen Tag zu spät bezahlt, während sonst den Versicherten häufig sog. Respekttage eingeräumt sind oder sie, wenn die Versicherung wegen nicht pünktlicher Zahlung der Prämie

erlischt, wenigstens Anspruch auf die Prämienreserve haben. Allein abgesehen von der Frage, ob eine Härte der Vertragsbestimmungen es rechtfertigen würde, sie in einer Weise auszulegen, die dem nächstliegenden Sinn zuwiderliefe, und abgesehen davon, daß lt. Ziff. 3 der Notiz des Policen-Umschlags die Beklagte in Aussicht stellt, daß sie unter Umständen eine durch Nichtzahlung der Prämien erloschene Versicherung wieder in Kraft setzt, kommt Folgendes in betracht: nach den unter der Rubrik: „Vollbezahlte Police" enthaltenen Bestimmungen hat ein Versicherter, der die pünktliche Zahlung der vierten oder einer späteren Prämie versäumt, noch sechs Monate nach Verfluß des Verfalltags der Prämie Anspruch auf eine prämienfreie Police, deren Betrag die Summe der von ihm bisher bezahlten Prämien etwas übersteigt. (Dies wird an der Hand eines Schreibens der Beklagten dargelegt). Die erwähnte Härte der Vertragsbedingungen besteht hienach nur in den ersten Jahren der Versicherung.

Aus den Normen in betreff der „vollbezahlten Police" ergiebt sich zugleich, daß Beklagte sich nicht das Recht vorbehalten hat, bei Nichtzahlung der Prämie am Verfalltag die Fortdauer des Versicherungsvertrags zu beanspruchen; denn der Versicherte hat hienach unzweifelhaft das Recht, nach Verfluß von 3 Jahren seine Prämienzahlungen einzustellen und zugleich Ausfolge einer prämienfreien Police zu verlangen. Es kann also nicht geltend gemacht werden, der Versicherungsvertrag der Parteien müsse dahin verstanden werden, daß Beklagte zwar berechtigt sei, bei nicht pünktlicher Zahlung einer Prämie das Erlöschen der Police eintreten zu lassen, daß aber bis zu einer entsprechenden Erklärung der Beklagten die Prämienzahlung nachgeholt werden könnte. Vielmehr hört die Versicherung von selbst auf, wenn der Verfalltag der Prämie ohne Zahlung abgelaufen ist.

IV. Diesen von der Beklagten von Anfang an — schon in ihrem Schreiben an Neuburger vom 9. Dezember 1892 — eingenommenen Standpunkt hat aber auch Kläger selbst als richtig anerkannt. (Dies wird aus der Korrespondenz der Parteien näher nachgewiesen, sodann wird fortgefahren):

V. Darauf kommt nichts an, ob die Nichtzahlung der Prämie am Verfalltag dem Kläger zur Verschuldung angerechnet werden kann; denn die Rechtsfolge der Verwirkung der Police ist eben an die bloße Thatsache der Nichtzahlung der Prämie geknüpft (wobei immerhin angenommen werden kann, daß diese Folge nicht eintritt, wenn der Versicherte durch höhere Gewalt oder durch den Versicherer selbst oder ähnliche abnorme Umstände von der Zahlung abgehalten worden ist; eine derartige Sachlage ist im gegenwärtigen Fall nicht gegeben).

Uebrigens hat sich Kläger die Erlöschung seiner Versicherung selbst zuzuschreiben. Er hat ungeachtet der klaren Vertragsbestimmung die rechtzeitige Zahlung der Prämie unterlassen, ohne sich vorher vergewissert zu haben, daß die in der Police für diesen Fall angedrohten Rechtsnachteile keine Anwendung finden. Die angebliche Aeußerung Neuburgers: die spätere Zahlung werde keinem Anstand unterliegen, bewies ihm — selbst wenn Neuburger beigefügt haben sollte, er solle die Zahlung ruhig unterlassen —, daß Neuburger in dieser Richtung keine bindende Zusage geben konnte oder wollte; er durfte — zumal angesichts der Notiz auf der Police, wonach kein Agent die Frist der Prämienzahlung hinauszuschieben berechtigt ist — sich mit einer derart unbestimmten Zusage nicht begnügen, die nicht geeignet war, in ihm den Glauben zu erwecken, daß Neuburger in Beziehung auf die Stundung von Prämien bindende Zusicherungen erteilen dürfe. Wenn er nun Ende Oktober 1892 — sei es auch nur mittels eines Formulars — unter Hinweis auf die Folgen nicht pünktlicher Prämienzahlung an diese gemahnt wurde, so hatte er allen Grund, sich noch vor dem 3. November über den Stand der Sache zu vergewissern. Unterließ er ohne dies zu thun die Prämienzahlung am Verfalltag, so handelte er auf eigene Gefahr.

VI. War aber die Versicherung des Klägers mit der Nichtzahlung der Prämie am 3. November 1892 erloschen, so war das nachherige Verhalten der Beklagten ohne Einfluß auf die rechtliche Lage des Klägers; konnte er das Versäumte nach dem 3. November nicht mehr nachholen bezw. stand es im freien

Belieben der Beklagten, ob sie die nachträgliche Prämienzahlung annehmen wollte oder nicht, so ist es gleichgiltig, ob die Beklagte (bezw. ihr Subdirektor oder Generalinspektor) nach dem 3. November Monate lang über die Umwandlung einer Police mit ihm verhandelte, ohne ihm zu erklären, daß die Versicherung erloschen sei und ihre Wiederinkraftsetzung vom freien Belieben der Beklagten abhänge. Denn auch wenn dies dem Kläger alsbald nach dem 3. November mitgeteilt worden wäre, hätte er kein Mittel gehabt, die Wiederinkraftsetzung der erloschenen Versicherung gegen den Willen der Beklagten herbeizuführen. Jenes Schweigen der Beklagten — worin ein Verzicht auf Geltendmachung der eingetretenen Verwirkung der Versicherung keineswegs gefunden werden kann — enthielt daher keinen Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, jedenfalls kann ihm nicht die Wirkung beigelegt werden, daß der Verfall der Police als nicht geschehen zu behandeln wäre.

Urteil des I. Zivilsenats vom 2. November 1894 in Sachen L. C. gegen die Lebensversicherungsgesellschaft The Mutual Life Insurance Company in New-York.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

20.

Unfallversicherung; Begriff des Unfalls, angebliche unwahre Angaben und eigenes Verschulden des Versicherten.

Der in einer Eisengießerei in Obertürkheim als Magazinier angestellt gewesene C. F. daselbst war bei der beklagten Gesellschaft gegen die Folgen körperlicher Unfälle und zwar für den Fall des Todes mit 4000 M., zahlbar an seine Witwe, versichert. Am 6. Oktober 1893 verunglückte F., als er allein mittels eines Hebeisens einem ca. 9 Zentner schweren Holzbearbeitungsgestell, welches zuvor durch acht Arbeiter auf einen Wagen geladen worden war, eine bessere Lage auf dem Wagen zu geben versuchte. Infolge dieses Unfalles ist er am 8. Oktober 1893 gestorben. Seine Witwe hat mit der Klage die Gesell-

schaft auf Bezahlung der Versicherungssumme von 4000 M. in Anspruch genommen.

Beklagte hat gegen die Klage eingewendet: es liege kein Unfall im Sinne der Versicherungsbedingungen vor, die Verletzung sei durch eigenes Verschulden des Verstorbenen entstanden; der Versicherungsvertrag sei für Beklagte unverbindlich, weil der Verstorbene in dem Antrag auf Versicherung wissentlich falsche Angaben gemacht und einen Umstand verschwiegen habe, der auf die Beurteilung des Risikos Einfluß gehabt habe, nämlich daß er, der sich als „Magazinier einer Eisengießerei" bezeichnet habe, regelmäßig mit dem Heben großer Lasten zu schaffen habe; jedenfalls sei Beklagte durch die unwahren Angaben des Verstorbenen in einen Irrtum in betreff des Umstands versetzt worden, daß der Verstorbene in der Eisengießerei mitzuarbeiten gehabt habe, und dadurch zum Abschluß des Vertrags veranlaßt worden.

Die Beklagte wurde der Klage gemäß verurteilt und ihre Berufung gegen dieses Urteil zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

I. Die Verletzung des Ehemanns der Klägerin, welche den Tod desselben zur Folge gehabt hat, ist als Unfall im Sinne der Versicherungsbedingungen anzusehen, selbst wenn davon ausgegangen wird, nicht der Sturz des F. sei die Ursache der Darmeinklemmung gewesen, sondern er habe sich diese durch Verhebung zugezogen. Versichert war der Verletzte gegen die materiellen Schadensfolgen körperlicher Unfälle, d. h. solcher körperlicher Verletzungen, welche der Versicherte durch plötzliche äußere Veranlassung unfreiwillig („z. B. durch Stoß, Hieb, Sturz, Quetschung, Verschüttung, Blitzschlag, Verbrennen, Ueberfahrenwerden oder dergleichen") erleibet. Hiebei ist zu beachten, daß hier nur Beispiele aufgeführt sind und daß diese Aufzählung mit den Worten schließt „oder dergleichen". Unter die hier in § 1 der Versicherungsbedingungen gegebene Begriffsbestimmung ist auch der vorliegende Fall zu rechnen. Der Verletzte hatte begonnen, den Versuch zu machen, das auf dem Wagen befindliche Maschinengestell in Bewegung zu setzen und

in eine andere Lage zu bringen. Diese Bewegung des Körpers des F. wurde durch eine plötzliche äußere gewaltsame Veranlassung unterbrochen, nämlich den Widerstand, den die schwere, zu bewegende Masse wider Erwarten der Kraftanstrengung des Beschädigten leistete, und den dadurch herbeigeführten plötzlichen Gegendruck, der auf den Körper des mit der Arbeit Beschäftigten einwirkte und die Körperbewegung desselben plötzlich zum Stillstand brachte. Unfreiwillig geschah dies, denn der von F. gemachte Versuch, das Gestell in Bewegung zu setzen, mißlang gegen dessen Willen. Durch den Gegendruck der widerstrebenden schweren Masse erfolgte die plötzliche Hemmung der beabsichtigten körperlichen Bewegung und durch die Einwirkung dieser Hemmung auf dessen Körper wurde die Verletzung des F. herbeigeführt. Zum Begriff eines Unfalls gehört es nicht, daß „die plötzliche äußere gewaltsame Veranlassung" ein in Bewegung befindlicher äußerer Gegenstand ist; der Unfall kann sich auch so ereignen, daß der Körper eines Menschen sich in Bewegung befindet, und daß diese Bewegung durch einen stillstehenden äußern Gegenstand plötzlich gehemmt wird, wie dies auch bei einem Sturz zutrifft.

Daß dies die Versicherungsbedingungen ebenso auffassen, geht auch daraus hervor, daß es in § 4 Absatz d heißt „Unterleibsbrüche, welche nicht durch einen Unfall im Sinn des § 1, sondern durch mutwillige oder unnötige subjektive Kraftäußerung, z. B. durch unnötiges oder mutwilliges Heben u. s. w. des Versicherten entstanden sind," ferner in Absatz e „alle Körperschäden, deren Ursache sich auf einen Unfall im Sinne des § 1 nicht nachweislich zurückführen läßt, wie z. B. Verhebungen, die infolge mutwilliger oder unnötiger Ueberanstrengung der Körperkraft entstanden sind." Es werden hier den Unfällen im Sinne des § 1 Beschädigungen entgegengesetzt, welche infolge mutwilliger oder unnötiger Ueberanstrengung der Körperkraft entstanden sind. Wenn auch dieser Gegensatz nicht völlig zutreffend sein mag, so zeigt er doch, daß die Versicherungsbedingungen Beschädigungen, die durch eine gebotene oder zweckentsprechende körperliche Anstrengung erfolgt sind, zu den Unfällen im Sinne

des § 1 rechnen. Hienach ist auch unrichtig, daß, wie die Beklagte behauptet, innere Körperschäden, wie z. B. Verhebungen, allgemein ausgeschlossen seien, zumal wenn sie durch unnötige Ueberanstrengung der Körperkraft entstanden seien. So, wie hier angeführt wird, drücken sich die Bedingungen nicht aus. Ausgeschlossen sind nur solche Körperschäden, welche infolge mutwilliger oder unnötiger Ueberanstrengung der Körperkraft entstanden sind.

II. Die Beklagte behauptet, die Beschädigung des Versicherten sei durch eine mutwillige oder unnötige Ueberstrengung der Körperkraft desselben entstanden.

Allein dies ist unzutreffend. Von Mutwillen kann keine Rede sein. Es läßt sich nicht annehmen, der Verletzte habe eingesehen oder habe einsehen müssen, daß seine Anstrengung vergeblich sein und ihm gefährlich werden werde. Wenn auch das Aufladen des Gestells eine große Kraftanstrengung erforderte, so lag dasselbe, als F. eingriff, doch schon auf dem Boden des Wagens und es konnte derselbe wohl glauben, es sei ihm möglich, dasselbe auf dem ebenen Boden mittelst Hebelkraft eine kleine Strecke weiter zu bewegen.

Ebensowenig liegt eine unnötige Anstrengung und ein fahrlässiges Verhalten des Verletzten vor. Es ist nicht bestritten, daß das Maschinengestell auf dem Wagen in eine ungeeignete Lage gebracht war. Es lag also ein Grund vor, wenn F. sich verantwortlich sah, demselben eine andere Stellung zu geben und zu diesem Zweck seine Kraft anzustrengen. Es gehörte dies zwar nicht zu seinen Dienstobliegenheiten als Magazinier und es standen ihm gewöhnliche Arbeiter zu Gebot; allein wenn der Ehemann der Klägerin vermöge seiner besseren Einsicht und seiner Erfahrung selbst eingriff und glaubte, auf diese Weise schneller und sicherer zum Ziel zu kommen, als wenn er diese Arbeit einem Arbeiter übertrug, so kann ihm daraus kein Vorwurf gemacht und seine Handlungsweise nicht als eine unnötige und fahrlässige bezeichnet werden. Ohne Grund wird er sich diese Mühe nicht aufgeladen haben [1]).

1) cf. auch Seuff. Archiv B. 35, S. 394.

III. Ein Irrtum über die mit dem Beruf eines Versicherten verbundene Gefahr ist kein wesentlicher und hat die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags nicht zur Folge.

IV. Der Versicherte soll dem § 7 der Versicherungsbedingungen zuwider gehandelt und falsche oder unwahre Angaben gemacht und einen mit Unfallgefahr verbundenen Umstand verschwiegen haben, welcher auf die Beurteilung des Risikos hätte Einfluß haben können. Dies bewirke nach § 15 lit. c die Unverbindlichkeit des Vertrags der Gesellschaft gegenüber.

Zunächst soll der Versicherte verschwiegen haben, daß er auch zum Heben großer Lasten und zu ähnlichen gefährlichen Arbeiten verwendet werde. Allein die Beklagte hat selbst behauptet, daß F. an dem Maschinengestell, das sich schon auf dem Wagen befunden habe, überhaupt nichts mehr zu schaffen gehabt habe, da eine derartige Thätigkeit nicht zu seinen regulären Funktionen als Magazinier zu rechnen gewesen sei und es hat sich die Beklagte hiefür auf das Zeugnis des Prokuristen berufen. Gehörte aber das körperliche Mitarbeiten und das Selbst-Handanlegen nicht zu seinen regulären Funktionen, so kann auch nicht davon gesprochen werden, daß er von seiner Dienstherrschaft zum Heben großer Lasten und zu ähnlichen gefährlichen Arbeiten verwendet werde, denn er hätte derartige Weisungen seiner Dienstherrschaft nicht zu befolgen gehabt. Der Versicherte hat also, indem er nicht angab, daß er auch zum Heben großer Lasten u. s. w. verwendet werde, nichts verschwiegen, was er anzugeben gehabt hätte. Ebensowenig hat er sich dadurch einer Täuschung schuldig gemacht, daß er nicht angab, es könne auch ausnahmsweise vorkommen, daß er einmal selbst bei der Arbeit im Magazin eingreife, denn dies liegt schon in der Angabe seines Berufs als eines Magaziniers in einer Eisengießerei ausgedrückt. Es ist unrichtig, daß unter einem Magazinier nur eine Person zu verstehen sei, welche eine anordnende, verwaltende, die Expedition und Aufbewahrung überwachende Thätigkeit entfalte; es ist vielmehr Sache täglicher Erfahrung und liegt in der Natur eines solchen Berufs, daß ein Magazinier, insbesondere derjenige einer Eisengießerei, welcher

eine Anzahl gewöhnlicher Arbeiter zu beaufsichtigen, den Transport schwerer Gegenstände in das und aus dem Magazin zu bewerkstelligen und die Verantwortung für zweckmäßige Ausführung der Arbeit zu tragen hat, momentan in die Lage kommen kann, den Arbeitern vorzeigen zu müssen, wie sie eine Arbeit anzugreifen haben, oder daß er veranlaßt sein kann, eine unrichtig oder ungeschickt ausgeführte Arbeit zu verbessern, irgendwie nachzuhelfen und zu diesem Behuf sich körperlich anzustrengen. Deshalb bedurfte eine solche Thätigkeit nicht noch einer besonderen Erwähnung.

Eine Bestätigung erhält das Vorstehende, wenn, was nicht widersprochen ist, die Bezeichnung des F. als Magaziniers in dem Versicherungs-Antrag von dem Inspektor und dem Agenten der Beklagten herrührt und diesen die Beschäftigung des F. genau bekannt war. Denn dann haben auch diese angenommen, in der Bezeichnung des F. als Magaziniers sei diese ausnahmsweise und durch unvorhergesehene Anlässe herbeigeführte Thätigkeit des F. inbegriffen [1]).

Es mag zutreffen, daß die Beklagte Versicherungs-Anträge deshalb abgelehnt hat, weil ihr das Risiko zu groß war, daß der General-Agent sowie sämtliche Vertreter der Beklagten die Instruktion haben, keine Versicherungen anzubahnen, welche in hohen Gefahrenklassen reagieren und daß sämtliche Versicherungsgesellschaften den Abschluß von Versicherungsverträgen vermeiden, bei denen der Versicherungsnehmer zu einer hohen Gefahrenklasse gehört. Diese Thatsachen hätten jedoch nur dann eine Bedeutung, wenn der Versicherte seiner Pflicht, erhebliche Umstände anzuzeigen, entgegengehandelt hätte, was nicht der Fall ist.

Die Beklagte behauptet auch noch, der Versicherte F. habe dem General-Agenten der Beklagten angegeben, er habe schwere Arbeiten, für welche besondere Leute da seien, nicht zu verrichten. Ist dies richtig, so läge auch darin keine Unwahrheit. Denn damit wäre nur gesagt, daß schwere Arbeiten nicht zu seinen regelmäßigen Dienstobliegenheiten gehören, sondern daß

1) Hiezu auch Entsch. des Reichsg. bei Bolze B. 16, S. 279, Nr. 463.

die schweren Arbeiten durch besondere Arbeiter, die dazu angestellt seien, verrichtet werden; damit ist aber nicht verneint, daß er auch einmal in seiner Eigenschaft als Magazinier, vermöge seiner Aufsicht über die Arbeiter und als Leiter der Arbeit, in die Lage kommen könne, selbst Hand anzulegen. Die Beklagte selbst stellt den Magazinier im Gegensatz zum selbstthätigen Mitarbeiter und sie führt an, es begründe einen wesentlichen Unterschied, ob sich Jemand bei einem Versicherungsantrag als Magazinier oder als selbstthätigen Mitarbeiter bezeichne.

Allein zu den selbstthätigen Mitarbeitern gehörte der Versicherte F. nach den eigenen Angaben der Beklagten nicht, weil als solcher nur derjenige prädiziert werden kann, der regelmäßig mitarbeitet, was bei F. nicht zutraf.

Hienach hat der Versicherte F. weder unwahre Angaben gemacht, noch Erhebliches verschwiegen und es kann die Beklagte den Versicherungsvertrag nicht auf Grund des § 15 lit. c als unverbindlich behandeln.

Urteil des I. Civilsenats vom 10. Juli 1894 in Sachen der Versicherungs-Aktiengesellschaft Hanseatischer Lloyd in Hamburg gegen Frick.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

21.

Rechtswirkungen eines Vertrags, wodurch Jemand einem Andern die Nachbildung eines Kunstwerks gestattet, während in Wirklichkeit einem Dritten das Recht, diese Erlaubnis zu erteilen, zusteht.

Am 16. November 1882 hat der verstorbene König Karl dem Beklagten auf dessen Bitte die Erlaubnis erteilt, „die Gegenbaur'schen Wandgemälde im Kgl. Residenzschlosse zum Zweck der geschäftsmäßigen Verbreitung photographisch aufnehmen zu dürfen"; es sollten aber vorläufig nur Aufnahmen in einem größeren Format gemacht werden dürfen und jede Aufnahme sollte vor ihrer Vervielfältigung dem Oberſthofmeister zur An-

sicht und Entschließung vorgelegt werden. Die vom Beklagten 1883 veröffentlichten Aufnahmen sind zum Preis von 2,20 M. das Stück käuflich.

Am 8. Februar 1886 ist zwischen dem Beklagten und dem Verlagsbuchhändler E. H., Rechtsvorgänger der Klin., ein Vertrag zu stand gekommen, der besagt: „Hr. Th. J. gestattet der Firma E. H. die Reproduktion der in seinem Verlag erschienenen Photographien der Gegenbaur'schen Bilder für die „Illustrierte Geschichte von Württemberg“ und erhält von Hrn. E. H. für die Erlaubnis der Reproduktion jedes Bildes den Betrag von 50 Mark.“

H. hat vom Beklagten zwölf der genannten Photographien bezogen, sie in Holzschnitt in dem erwähnten Buch nachgebildet und dem Beklagten die vertragsmäßige Summe von 600 M. bezahlt. Mittels Schreibens des Kgl. Kabinetts vom 6. August 1893 ist der Klägerin auf ihre Bitte ebenfalls die Erlaubnis zur photographischen Aufnahme der Gegenbaur'schen Fresken erteilt worden.

Klägerin hat nun Klage auf Rückzahlung der an den Beklagten bezahlten 600 M. nebst Zinsen erhoben, indem sie geltend macht: H. habe den Vertrag vom 8. Februar 1886 in dem — vom Beklagten absichtlich unterhaltenen — Irrtum geschlossen, Beklagter besitze das ausschließliche Recht zur photographischen Nachbildung der Fresken. In Wirklichkeit aber habe ein solches Recht des Beklagten weder kraft Gesetzes noch zufolge Uebertragung seitens der Krone bestanden. (Beide Teile gehen davon aus, daß das Urheberrecht an den Gegenbaur'schen Fresken der Krone zusteht.) Der abgeschlossene Vertrag sei daher wegen Mangels eines Objekts nichtig und Klägerin demzufolge berechtigt, die auf Grund unwahrer Vorspieglungen und in entschuldbarem Irrtum gemachte Zahlung zurückzufordern, zu der sie rechtlich nicht verpflichtet gewesen sei.

In zweiter Instanz ist die Klage abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

I. Mit den beiden Parteien ist davon auszugehen, daß das

Urheberrecht an den Gegenbaur'schen Fresken von Gegenbaur auf die Krone übertragen worden ist; hiefür spricht durchaus die Lage der Verhältnisse. Diese Fresken haben als „künstlerische Erzeugnisse" schon nach dem württ. Gesetz vom 24. August 1845 Art. 1 vgl. mit Art. 1 des württ. Gesetzes vom 17. Oktober 1838 während der Lebenszeit des — 1876 verstorbenen — Urhebers und noch 30 Jahre nach dessen Tod Schutz genossen gegen „durch mechanische Kunst bewirkte Vervielfältigung", worunter im Sinn dieser württ. Gesetze (im Gegensatz gegen das Reichsgesetz vom 10. Januar 1876) die Vervielfältigung nicht bloß durch Photographie u. dgl., sondern auch durch Holzschnitt, Stahlstich u. dgl. zu verstehen ist: eine direkte mechanische Nachbildung von Gemälden war zur Zeit der Erlassung jener württ. Gesetze noch kaum möglich. Die Krone war also als Rechtsnachfolgerin Gegenbaur's schon vor Erlassung des Reichsgesetzes vom 10. Januar 1876 berechtigt, die Nachbildung der genannten Fresken in Photographie oder Holzschnitt zu versagen oder zu gestatten, und an diesem Rechtszustand hat das Gesetz vom 9. Januar 1876 nichts geändert, das nach § 18 Abs. 1 auch auf jene Fresken Anwendung findet.

II. Nach § 5 des eben genannten Reichsgesetzes durfte H., als er den Vertrag vom 8. Februar 1886 mit dem Beklagten abschloß, ohne Genehmigung des Berechtigten keine Nachbildung dieser Fresken in der Absicht der Verbreitung anfertigen bezw. vervielfältigen, auch nicht in der Weise, daß die Nachbildung nicht unmittelbar nach dem Original, sondern mittelbar nach den Photographien des Beklagten geschaffen wurde (Ziff. 3 des § 5 a. a. O.). Die Ausnahme des § 6 Ziff. 4 des Gesetzes trifft nicht zu, weil die der „illustrierten Geschichte Württembergs" eingefügten Holzschnitte nach den Gegenbaur'schen Fresken keineswegs „nur zur Erläuterung des Textes dienen", wie z. B. Abbildungen von Werken der Malerei oder der Plastik in einer Kunstgeschichte, sondern lediglich zum Schmuck und zur Erhöhung der Verkäuflichkeit des Werks. Die von H. hergestellten Holzschnitt-Nachbildungen der Fresken waren daher, da ihre Herstellung ohne

Erlaubnis der Krone geschah, verbotene, unerlaubte Nachbildungen, wenn H. nicht durch die ihm vom Beklagten gegebene Erlaubnis gedeckt war.

III. Dies ist nicht der Fall. Der Schutz des Reichsgesetzes vom 10. Januar 1876 betr. den Schutz der Photographien gegen Nachbildung kommt dem Beklagten nicht zu gut, weil Abs. 2 des § 1 desselben zutrifft, das photographierte Werk gesetzlich gegen Nachbildung noch geschützt ist. Wenn übrigens die Photographien des Beklagten unter dem Schutz dieses Gesetzes ständen, so wären sie (nach §§ 1, 3 desselben: vgl. oben Ziff. I in Betreff der „mechanischen" Nachbildung) gegen Nachbildung durch Holzschnitt nicht geschützt. Seitens der Krone aber hat Beklagter zwar die Erlaubnis erhalten, die Fresken „zum Zweck der geschäftsmäßigen Verbreitung" photographisch aufzunehmen; und es war ihm damit das Recht eingeräumt, Abdrücke der von ihm gefertigten Aufnahmen zum Zweck des Verkaufs in den Verkehr zu bringen; keineswegs aber war ihm nach dem klaren Wortlaut des Erlasses vom 18. November 1882 ein ausschließliches Recht dieses Inhalts erteilt, ebensowenig enthält dieser Erlaß etwas davon, daß das Urheberrecht der Krone zu irgend einem Teil auf den Beklagten übertragen wurde, und er läßt klar erkennen, daß dem Beklagten nicht die Befugnis eingeräumt werden wollte, die Nachbildung seiner Photographien zu gestatten. Denn die Anordnung des Erlasses daß zunächst nur Aufnahmen in größerem Format gemacht und alle Aufnahmen vor ihrer Vervielfältigung dem Obersthofmeister zur Ansicht und Entschließung vorgelegt werden sollten, beweist, daß die Krone Wert darauf legte und verlangte, daß die Fresken nur in gelungener und würdiger Weise nachgebildet und nur solche Nachbildungen verbreitet werden. Hiefür wäre aber keine Garantie mehr geboten gewesen, falls es in der Macht des Beklagten gestanden wäre, die Nachbildung seiner Photographien — z. B. in geringwertigen Bilderbogen oder Illustrationen billiger Volksbücher — zu gestatten. Durch den Vertrag vom 8. Februar 1886 ist daher die Holzschnittnachbildung der Fresken in der illustrierten württembergischen Geschichte der Klägerin

dem Urheberberechtigten, der Krone, gegenüber zu keiner erlaubten geworden, die Krone konnte trotz diesem Vertrag gegen diese Nachbildung, mit den dem Urheber eines Kunstwerkes gegen unberechtigte Nachbildung zustehenden Mitteln einschreiten.

IV. Ob etwa ohne den Vertrag Beklagter berechtigt gewesen wäre, seinerseits kraft eigenen Rechts gegen eine Nachbildung seiner Photographien durch H. bzw. die Klägerin einzuschreiten[1]), kann dahin gestellt bleiben. Denn wenn er auch ein solches selbständiges Verfolgungsrecht gehabt haben sollte, so hatte er nach dem Ausgeführten jedenfalls nicht die rechtliche Befugnis, dem H. die Nachbildung seiner Photographien zu gestatten; der Zweck des Vertrags vom 8. Februar 1886 aber war der, dem H. „die Erlaubnis zur Reproduktion" der Photographien zu verschaffen. H. und der Beklagte (vgl. darüber unten VI) gingen davon aus, daß der Beklagte eine derartige Erlaubnis zu erteilen berechtigt sei. Sie haben nicht den Vertrag für den Fall (unter der „Voraussetzung", stillschweigenden Bedingung) geschlossen, daß dem Beklagten diese Befugnis zustehe, sondern weil dieselbe nach ihrer Meinung ihm zustand. Man mag den Vertrag einen Lizenz-Vertrag nennen, der seiner rechtlichen Natur nach dem patentrechtlichen Lizenz-Vertrag entspreche. Aber wenn Beklagter daraus folgern will, daß der Vertrag, trotzdem ihm ein Urheberrecht in Betreff seiner Photographien nicht zustand, in gleicher Weise giltig sei, wie ein Lizenz-Vertrag über ein Patent, das später für nichtig erklärt wird, so ist das ein Fehlschluß: denn solange ein Patent nicht für nichtig erklärt ist, hat der Patentinhaber die Möglichkeit, ein ihm in Wirklichkeit (nicht bloß vermeintlich) zustehendes ausschließliches Recht zur Ausbeutung des Patents ganz oder teilweise an Dritte zu übertragen, ihnen diese Ausübung zu gestatten; Beklagter aber besaß zur Zeit des Vertragsabschlusses kein Recht, kraft dessen er einem Dritten die Nachbildung seiner Photographien erlauben konnte.

V. Unzutreffend ist aber auch die Auffassung der Klägerin,

1) Vgl. Entsch. des R.-G. in Strafsachen Bd. 14 nr. 53 S. 218 ff.

der Vertrag sei „wegen Mangels eines Objekts“ nichtig. Es handelt sich nicht um einen Vertrag über ein nicht existierendes Recht, der wie ein Vertrag über eine nicht existierende Sache zu behandeln und demgemäß für nichtig zu erachten wäre. Das wäre der Fall, wenn z. B. ein durch Zeitablauf erloschenes Urheberrecht übertragen wäre. Aber im vorliegenden Fall bestand auf Seiten der Krone das Recht, die Erlaubnis zur Nachbildung der Gegenbaur'schen Fresken in Holzschnitt zu erteilen, und H. bedurfte dieser Erlaubnis; er hat sich nur zu ihrer Erlangung an die unrichtige Adresse gewendet. Der Vertrag bezog sich also auf ein Recht eines Dritten, auf ein vermeintlich dem Beklagten, in Wirklichkeit der Krone zustehendes Recht. Ein Vertrag ist aber nicht deshalb ungiltig, weil die Leistung auf Sachen oder Rechte eines Dritten sich bezieht[1]). Der Fall liegt ähnlich, wie wenn etwa der vermeintliche Eigentümer eines Grundstücks einem Dritten gestatten würde, das Grundstück gegen Entgelt zu gewissen Zwecken zu benützen: dieser Vertrag wäre keineswegs nichtig, sondern der vermeintliche Eigentümer hätte dafür einzustehen, daß der Dritte in der vertragsmäßigen Benützung des Grundstücks nicht gehindert wird. So ist auch der Vertrag vom 8. Februar 1886 nicht nichtig und Klägerin kann deshalb nicht ihre auf Grund dieses Vertrags geleistete Zahlung als nicht geschuldet zurückfordern, vielmehr haftet Beklagter nur der Klägerin auf deren Interesse an Erfüllung des Vertrags. Eine Klage auf Leistung des Interesses aber ist nicht erhoben und wäre wohl auch nicht zu begründen. Denn in der Vergangenheit hat Klägerin thatsächlich gehabt, was sie durch den Vertrag erlangen wollte, sie hat die Holzschnitte nach den Photographien des Beklagten ungehindert nachgebildet und die Nach-

1) Dieser in § 348 Abs. 1 E.B.G.B. erste Lesung ausgesprochene Satz ist in zweiter Lesung „als selbstverständlich“ gestrichen worden; Prot. S. 916. Vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 264 bei und in Note 2, § 315 hinter Note 3. Motive zu § 348 E.B.G.B. Bd. 2 S. 181—182. Seufferts Archiv Bd. 30 nr. 247 S. 359, Bd. 49 nr. 12 (R.G.) auch R.G. 17 nr. 12 S. 55 verb.: „Dafür spricht die Regel u. s. w.“

bildungen verbreitet; für die Zukunft aber ist sie durch die ihr unentgeltlich gewährte Erlaubnis der Krone zur photographischen Aufnahme der Fresken zwecks Verwendung in ihrer illustrierten württembergischen Geschichte gedeckt. Klägerin kann auch nicht geltend machen: wenn H. die wahre Sachlage gekannt hätte, würde es ihm 1886 möglich gewesen sein, die Photographien des Beklagten nachzubilden, ohne größeren Aufwand, als den des Kaufpreises mit 2,20 M. für das Stück. Denn dies würde voraussetzen, daß ihm die Krone damals eine entsprechende Erlaubnis zur Nachbildung der Fresken unter Benützung der Photographien des Beklagten erteilt hätte. Es erscheint aber sehr fraglich, ob die Krone eine solche Erlaubnis erteilt und nicht vielmehr zwar die Nachbildung der Fresken in Holzschnitt gestattet, dabei aber die Benützung der Photographien des Beklagten zu diesem Zweck von dessen Zustimmung abhängig gemacht hätte. Ebenso ist ganz ungewiß, ob die Krone damals — kurz nach der dem Beklagten erteilten Erlaubnis zur photographischen Aufnahme der Fresken — dem H. die gleiche Erlaubnis erteilt hätte; und jedenfalls wäre in diesem Fall dem H. ein nicht unerheblicher Aufwand entstanden. H. hat nicht 1886 einen Anspruch darauf gehabt, die Gegenbaur'schen Fresken unentgeltlich (oder gegen Zahlung des Kaufpreises der Photographien des Beklagten) nachbilden zu dürfen, die von der Klägerin herangezogene l. 29 D. 19,1 trifft daher nicht zu; Klägerin ist auch nicht in der Ausübung des von ihr (vermeintlich) erworbenen Rechts gestört worden, wie der Mieter in dem von der Klägerin zitierten Fall der l. 19 § 6 D. 19,2. Sie hat die von ihr dem Beklagten bezahlte Erlaubnis zur Nachbildung der Fresken nachträglich unentgeltlich von Seiten des wirklich Berechtigten erlangt und unter diesen Umständen darf der Beklagte, der der Klägerin schadensersatzpflichtig gewesen wäre, wenn die Krone gegen die Holzschnitt-Nachbildung der Fresken durch die Klägerin eingeschritten wäre, den ihm für seine Erlaubnißerteilung bezahlten Preis ebenso behalten, wie der (gutgläubige) Verkäufer einer fremden Sache den für

dieselbe bezahlten Kaufpreis behalten darf, falls der wirkliche Eigentümer der Sache sie nachträglich dem Käufer schenkt[1]).

VI. Daß aber der Beklagte bei Abschluß des Vertrags vom 8. Februar 1886 in dem guten Glauben war, es stehe ihm das Recht zu, die Benützung seiner Photographien zur Fertigung von Holzschnitt-Nachbildungen der Gegenbaur'schen Fresken zu gestatten und zu verbieten, ist mit dem ersten Richter anzunehmen, jedenfalls ist das Gegenteil nicht erweislich. So gut H. über den Inhalt der einschlägigen Gesetzesbestimmungen im Unklaren war, so gut kann es der Beklagte gewesen sein und auch über die Tragweite der ihm durch den Erlaß vom 18. November 1882 eingeräumten Berechtigung ist eine Täuschung auf seiner Seite sehr wohl denkbar. Ein betrügliches Handeln des Beklagten ist daher unerweislich.

VII. Ist nach dem Ausgeführten der Vertrag vom 8. Februar 1886 giltig und demgemäß der Anspruch der Klägerin auf Zurückforderung einer angeblich ungeschuldet geleisteten Zahlung nicht begründet, so war die Klage abzuweisen.

Urteil des I Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 19. April 1895 in Sachen Jakob gegen Süddeutsches Verlagsinstitut.

22.

Zu § 14 des Reichsgesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894.

Kläger L. H. betreibt unter seinem Namen in Urach ein Fleisch- und Wurstwarengeschäft. Er hat der Frau U. in Stuttgart Fleischwaren geliefert und sodann auch einige Zeit deren Nachfolger, dem Beklagten. Später hat der Geschäftsverkehr zwischen Kläger und Beklagtem aufgehört, Beklagter hat aber fortwährend an seinem Laden ein Schild geführt mit der Aufschrift: „Fleisch- und Wurstwaren von L. H. in Urach.“ Kläger hat Klage erhaben mit dem Antrag: zu erkennen, Beklagter

1) Vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 391 Ziff. 3 bis zu Note 18.

sei schuldig, die an seinem Laden angebrachte Bezeichnung des klägerischen Geschäfts als Bezugsquelle der von ihm feilgehaltenen Waren zu entfernen. Diesem Antrag hat das Urteil zweiter Instanz entsprochen aus folgenden

Gründen:

Gegenüber den früheren Vorschriften einzelner Landesrechte über den Schutz von Warenzeichen und im Anschluß an die Bestimmung des § 287 des St.G.B., welcher die fälschliche Bezeichnung von Waren mit fremdem Namen oder Firmen unter Strafandrohung verbot, hatte sich schon das Gesetz vom 30. November 1874 die Aufgabe gestellt, den Markenschutz in der Anwendung sowohl auf figürliche Zeichen als auch auf Namen und Firmen für das Reichsgebiet einheitlich und erschöpfend zu regeln. Was insbesondere den Schutz des Namens betrifft, so bestimmt § 13 des gedachten Gesetzes, daß jeder inländische Produzent gegen denjenigen, welcher Waren mit dem Namen des Ersteren widerrechtlich bezeichne, im Wege der Klage beantragen könne, daß derselbe für nichtberechtigt erklärt werde, diese Bezeichnung zu gebrauchen. Hiemit war der Name, d. h. der Familienname, eines Produzenten oder Handeltreibenden, auch wenn dieser kein Kaufmann und nicht in das Handelsregister eingetragen war, einem in dieses Zeichenregister eingetragenen und damit geschützten Warenzeichen gleichgestellt, um dem Mißbrauch eines fremden Namens zur Bezeichnung von Waren entgegenzutreten.

Es kann dahin gestellt bleiben, wie die Worte dieses Gesetzes „wer Waren mit dem Namen eines inländischen Produzenten bezeichnet“ aufzufassen waren und in welche Verbindung Namen und Waren gebracht sein mußten, denn das Gesetz vom 12. Mai 1894, welches am 1. Oktober 1894 in Kraft getreten und welches bestimmt ist, dies näher festzustellen und auch anderer mißbräuchlicher Benützung des Namens eines Andern entgegenzutreten, verfügt in § 14 — mit Weglassung des Nichthieherbezüglichen —: „wer wissentlich Waren oder Ankündigungen oder dgl. mit dem Namen eines Andern widerrechtlich versieht oder dgl. widerrechtlich gekennzeichnete Waren

feil hält, ist u. s. w." Demgemäß darf in Ankündigungen von Waren der Name eines Andern nicht gebraucht werden. Es ist nun aber schon in den Motiven zu dem Gesetzentwurf [1]) ausdrücklich gesagt, daß „die Wahrnehmungen über den unlauteren Wettbewerb Anlaß geben, über den Rahmen der eigentlichen Warenbezeichnung hinaus dem berechtigten Zeicheninhaber die ausschließliche Befugnis einzuräumen, das Zeichen — also auch den Namen — im geschäftlichen Verkehre, soweit derselbe sich auf Waren bezieht, zu deren Kennzeichnung das Zeichen bestimmt ist, als Verzierung, insbesondere als vignette für Ankündigungen, Briefe, Rechnungen, Firmen-Ladenschilder u. s. w. zu verwenden." In den Verhandlungen des Reichstags [2]) — wurde bemerkt, „während bisher der Schutz der Marken sich nur auf die Ware und deren Verpackung bezog, ist derselbe jetzt noch auf die Preisliste, Geschäftsbriefe, Rechnungen u. s. w. ausgedehnt. Diese Erweiterung, sowie überhaupt die Ausdehnung und Verschärfung der Schutzvorschriften, die die Vorlage enthält, entspricht den praktischen Bedürfnissen des Lebens. Das Publikum ist mehr oder weniger darauf angewiesen, zuzusehen, ob die Ware aus diesem oder jenem gut renommierten Geschäft herrührt." Auch in dem Bericht der Kommission [3]) wird angeführt, „daß zu § 13 des Entwurfs auf eine Anfrage die Vertreter der Regierungen erwidert haben, daß die Anbringung von Namen, Firmen oder Warenzeichen auf Schildern, Geschäftswagen u. s. w. zweifellos unter die „Ankündigungen" im Sinne des § 13 falle." Hienach ist die Ankündigung auf den am Laden des Beklagten befindlichen Schildern, daß in dem Laden des Bekagten Fleisch- und Wurstwaren von L. H. in Urach zu haben seien (denn dies bedeutet die Anbringung der Schilder) unter § 14 des Gesetzes zu stellen.

Widerrechtlich aber bezeichnet derjenige eine Ware, welcher den Namen eines Andern unberechtigt verwendet und

1) s. Verhandl. des Reichstags von 1893—94 1. Beilagenband S. 511.
2) s. 2. Protokollband S. 878.
3) s. 2. Anlagenband S. 1425.

benützt, so daß es den Anschein gewinnt, als wenn die Ware von der Person, deren Namen mißbraucht ist, herstamme.

Anerkannt wurde sodann in den Motiven des Gesetzes[1]), daß dem Verletzten neben dem Schadensersatzanspruch auch der Anspruch auf Unterlassung des Eingriffs in sein eigenes Recht zustehe.

Der Beklagte behauptet, er gebrauche die Aufschrift „Fleisch- und Wurstwaren von L. H. in Urach" nicht widerrechtlich, es stehe ihm vielmehr ein Recht auf Führung dieses Namens zu.

Allein aus den Thatsachen, welche der Beklagte anführt, folgt dies nicht. Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Kläger sowohl der Frau U. als dem Beklagten den Gebrauch seines Namens nur insolange gestatten wollte, als die bezeichneten Personen wirklich Fleischwaren von ihm bezogen und beziehen. Darüber hinaus die Erlaubnis zu erteilen, lag lediglich keine Veranlassung für ihn vor. Es wäre dies eine Täuschung des Publikums gewesen; er hätte sich der Gefahr ausgesetzt, den guten Ruf seiner Ware zu schädigen und sich selbst Konkurrenz zu machen, wenn er eine andere Verkaufsstelle hätte gründen wollen. Deshalb konnte auch die Frau U. diese „Firma" wenn überhaupt so jedenfalls nicht in anderer Weise als in dieser Beschränkung an den Beklagten übertragen und wenn der Kläger selbst diesem gestattete, seinen Laden als seine Verkaufsstelle zu bezeichnen, so geschah dies unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß diese Erlaubnis nicht länger daure, als die Verkaufsstelle in Wirklichkeit eine Niederlage des L. H. sei.

Es fragt sich daher, ob der Beklagte ein Recht darauf habe, daß der Kläger ihm die zur Führung seines Geschäfts nötigen Fleischwaren liefere. Allein auch hier fehlt es an schlüssigen Thatsachen, welche die Annahme einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit zu begründen vermöchten.

Wenn der Kläger der Frau U. versprach, ihr die zum Betrieb des Geschäfts nötigen Fleischwaren zu liefern, so liegt darin mehr nicht, als die Erklärung der Bereitwilligkeit, mit ihr in Geschäftsverbindung zu treten, und ihr auf jedesmalige

1) s. l. c. S. 511—12.

Bestellung Waren abzugeben, von welchem Versprechen er jederzeit zurücktreten konnte, ob alsbald oder mit angemessener Frist, kann dahin gestellt bleiben, und das gilt auch für das dem Beklagten erteilten Versprechen.

Daß jemals eine Verabredung auf eine bestimmte Zeit getroffen worden wäre, behauptet der Beklagte nicht. In der Natur eines solchen Geschäftes liegt es nicht, daß dasselbe für längere Dauer fest abgeschlossen werde. Der Beklagte hatte keine Einrichtungen zu treffen und Aufwendungen zu machen, welche durch die Geschäftsverbindung gerade mit diesem Geschäft nötig geworden und welche unnütz aufgewendet gewesen wären, wenn der Kläger nicht weiter liefern wollte. Der Beklagte konnte beliebig anderswoher Waren beziehen und den Bezug von dem Kläger einschränken und es kann daher nicht angenommen werden, daß der Kläger seinerseits sich trotzdem hätte verbindlich machen wollen, auf jedesmaliges Verlangen des Beklagten dessen Bestellungen auszuführen. Die Geschäftsverbindung sollte dauern, so lange es dem Einen oder dem Andern der Beteiligten zweckmäßig erschien, und es wurde, da die Geschäftsverbindung in Beider Interesse war, angenommen, dieselbe werde auch künftig und insolange fortdauern, als Jeder zur Zufriedenheit des Andern die Geschäfte abwickelte.

Der Beklagte vermag auch mehr nicht anzuführen, als „es sei zwischen ihm und dem Sohne des Klägers ausdrücklich die Fortführung des Geschäfts durch den Beklagten beredet worden.“ Allein aus dieser ganz allgemein lautenden Beredung folgt nicht mehr, als daß der Kläger sich bereit erklärte, dem Beklagten Ware zu verkaufen, nicht aber, daß Kläger sich vertragsmäßig binden wollte, dies auf die Dauer und insolange zu thun, bis Kläger einen gerechten Grund zum Rücktritt habe, oder gar dem Beklagten zu erlauben, seinen Namen auch dann noch zu führen, wenn er ihm keine Waren mehr liefere.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 22. Februar 1895 in Sachen Haas gegen Pfauth[1]).

1) Vgl. jetzt § 1 Absatz 1 des R.Ges. vom 27. Mai 1896 betreffend Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Anm. der Red.

23.

1. Kompensation im Konkurs; Rückforderung eines bezahlten Betrags wegen irrtümlich unterlassener Aufrechnung.
2. Erstreckt sich das Faustpfandrecht an einer Forderung auch auf deren Zinsen?

Der Kläger hat am 15. Juli 1894 dem N.'schen Konkursverwalter den Jahreszins von 585 M. aus einem dem N. geschuldeten Kaufschillingsrest von 13000 M. bezahlt. Da der Kläger damals eine Forderung von 7000 M. an N. gehabt hat, so verlangt er, gestützt auf die Behauptung, daß er jene Zahlung in Unkenntnis seines Kompensationsrechts geleistet habe, die Rückerstattung der 585 M. von dem beklagten Konkursverwalter. Dieser bestreitet den Anspruch des Klägers, weil letzterer nicht in entschuldbarem Irrtum die Zahlung geleistet habe. In zweiter Instanz wurde der Klage teilweise entsprochen aus folgenden, den näheren Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Nach § 47 Abs. 1 K.O. können auch bedingte und betagte gegenseitige Forderungen des Gläubigers und des Gemeinschuldners gegen einander aufgerechnet werden. Allein diese Aufrechnung ist nur zulässig, wenn jene Forderungen zur Zeit der Konkurseröffnung bereits entstanden gewesen sind, da der gemeinrechtliche Grundsatz, daß nur zu diesem Zeitpunkt bestehende gegenseitige Forderungen des Gläubigers und des Gemeinschuldners gegen einander aufgerechnet werden dürfen, von der K.O. als selbstverständlich vorausgesetzt wird [1]).

Die Schuld des Klägers an den Gemeinschuldner, welche der erstere zur Aufrechnung benützen will, hat nun in dem auf den 15. Juli 1894 verfallenen Jahreszins von 585 M. aus einem von dem Kläger dem Gemeinschuldner geschuldeten Kaufschillingsrest von 13000 M. bestanden. Die Verpflichtung zur

1) Motive zur K.O. § 47 (Hahn, Mot. IV 219). Wilmowski, K.O. 4 A. S. 227.

Bezahlung dieses Jahreszinses beruht zwar auf einem vor der Konkurseröffnung abgeschlossenen Vertrag, allein da die Zinsen die Vergütung für die Benützung eines Kapitals bilden, so entsteht die Verpflichtung zur Bezahlung der Zinsen erst mit dem Ablauf der Zeit dieser Benützung[1].

Jene Zinsenschuld des Klägers ist daher bei der Konkurseröffnung gegen N. nur für die Zeit vom 15. Juli bis 22. November 1893, also nur bis zum Betrag von 208,35 M. entstanden gewesen und eignet sich somit nur bezüglich dieses Betrags zur Kompensation im Konkurs, wogegen der Mehrbetrag der fraglichen Zinsenschuld, weil zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht entstanden, im Konkurs nicht aufgerechnet werden darf. Die Klage auf Rückerstattung dieses auf 376,65 M. sich belaufenden Mehrbetrags ist hienach abzuweisen.

Was sodann die Forderung des Klägers im Betrag von 7000 M. an den Gemeinschuldner, welche der erstere zur Aufrechnung benützen will, anlangt, so ist dieselbe dadurch begründet worden, daß der Kläger dem N. am 26. September 1893 zur Deckung einer Zielerschuld von 4000 M. an denselben ein am 2. Januar 1894 fälliges Wechselaccept über 5000 M. und weiter auf Ersuchen des N. aus Gefälligkeit 2 am 7. und 9. Januar 1894 fällige Wechselaccepte über zusammen 6000 M. gegeben und diese sämtlichen Accepte je am Verfalltag eingelöst hat. Der Kläger hat somit vor der Konkurseröffnung im Auftrag und zu Gunsten des Gemeinschuldners eine Wechselverpflichtung in Höhe von 7000 M., für welche er von dem letztern keine Deckung erhalten hat, übernommen und damit, wie außer Streit ist, für den Fall, daß er jene Wechselverpflichtung erfüllte, eine Regreßforderung gegen den Gemeinschuldner erworben. Das Verhältnis ist nun ein ähnliches, wie das des Bürgen, welcher im Auftrag des Gemeinschuldners für diesen vor der Konkurseröffnung die Bürgschaft eingegangen und nach der Konkurseröffnung den Gläubiger be-

1) Motive zu § 56 K.O. (Hahn, a. a. O. S. 252). Sarwey-Bossert, K.O. 3. A. S. 67. Wilmowski, a. a. O. S. 252. Petersen u. Kleinfeller, K.O. 2. A. S. 284.

zahlt hat; oder wie das des Indossenten, welcher den Wechsel vor der Konkurseröffnung erworben, sodann weiter begeben und nach der Konkurseröffnung im Regreßweg eingelöst hat. In dem ersten Fall wird angenommen, daß die Regreßforderung des Bürgen als eine durch die Befriedigung des Gläubigers bedingte schon mit der Uebernahme der Bürgschaft, nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers, in dem zweiten Fall, daß der Regreßanspruch des Indossanten gegen den Acceptanten und die Vormänner nicht erst mit der Einlösung des Wechsels, sondern schon mit dessen Erwerb als ein durch diese Einlösung bedingter, somit in beiden Fällen vor der Konkurseröffnung zur Entstehung gekommen ist[1]). Es rechtfertigt sich daher, auch obigen Regreßanspruch des Klägers bezüglich der 7000 M. als einen schon zur Zeit der Einhändigung der Wechselaccepte an den Gemeinschuldner somit vor der Konkurseröffnung in bedingter Weise entstandenen und nach § 47 K.O. zur Aufrechnung mit der erwähnten Zinsenschuld des Klägers im Betrag von 208,35 M. im Konkurs geeigneten zu behandeln[2]). Auf diese Aufrechnung hat der Kläger nicht dadurch verzichtet, daß er seine Forderung von 7000 M. im vollen Betrag ohne Abzug jener Zinsenschuld im Konkurs des R. angemeldet hat, da nach § 46 K.O. dem zur Aufrechnung berechtigten Gläubiger nicht versagt ist, seine Forderung im Konkursverfahren geltend zu machen, und daher diese Geltendmachung nicht als Verzicht auf das Recht zur Aufrechnung anzusehen ist, der Gläubiger vielmehr ein Interesse daran haben kann, zunächst seine Forderung im vollen Betrage anzumelden, um deren Feststellung im Konkurse herbeizuführen, namentlich wenn seine Forderung den Betrag seiner Schuld übersteigt, wie das hier der Fall ist, und erst nachträglich von dem Recht der Aufrechnung Gebrauch zu machen[3]).

1) Mot. zu § 60 K.O. (Hahn, a. a. O. S. 262). Wilmowski, a. a. O. S. 261. Petersen und Kleinfeller, a. a. O. S. 295. Entsch. des R.O.H.G. IX 45, XIV, 176, XXIV, 9.

2) Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 73. Stieglitz, K.O. S. 341. Wilmowski, a. a. O. S. 261.

3) Mot. zu § 47 K.O. (Hahn, a. a. O. S. 222. Wilmowski, a. a. O. S. 225. Petersen u. Kleinfeller, a. a. O. S. 244.

Hat daher der Kläger in Unkenntnis des ihm hienach zustehenden Kompensationsrechts, und zwar nach Einlösung obiger zu Gunsten des Gemeinschuldners ausgestellter Wechselaccepte, also nach Eintritt der Bedingung, unter welcher ihm der Regreßanspruch wegen der 7000 M. zugestanden ist, seine Zinsenschuld an den N.'schen Konkursverwalter bezahlt, so kann er nach gesetzlicher Bestimmung im Fall des Zutreffens der hernach zu erwähnenden Voraussetzung die Rückerstattung des bezahlten Betrags in Höhe von 208,35 M. verlangen [1]). Der Grund dieser Bestimmung ist, daß derjenige, welcher eine Schuld bezahlt, welcher eine wirksame Einrede entgegengesetzt werden kann, eine Nichtschuld bezahlt [2]).

Das Rechtsmittel, mit welchem die Rückforderung einer solchen Nichtschuld geltend gemacht wird, kann daher nur die condictio indebiti sein, wie dies in den angeführten Gesetzesstellen ausdrücklich hervorgehoben und auch in Doktrin und Praxis anerkannt wird [3]).

Jenes Rechtsmittel ist hienach nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der condictio indebiti vorliegen. Dasselbe greift nicht, wie der Kläger meint, schon dann Platz, wenn ein Kompensationsrecht begründet ist, dasselbe aber nicht ausgeübt, sondern gezahlt wird. Dies läßt sich insbesondere auch nicht aus obigen Gesetzesstellen entnehmen, da diese das fragliche Rechtsmittel, wie schon bemerkt, als condictio indebiti bezeichnen und daher deren Voraussetzungen, wenn dies auch nicht besonders in jenen Stellen bemerkt ist, für die Rückforderungsklage maßgebend sind. Es muß hienach die Aufrechnung aus Irrtum über das Kompensationsrecht bei der Zahlung unterlassen worden sein. Ob nun jeder Irrtum ohne Rücksicht auf seine Entschuldbarkeit genügt, wie dies das vormalige württembergische Obertribunal und die Mehrzahl der neuern Gesetz-

1) l. 10 § 1 D. 16,2 l. 30 D. 12,6.

2) Windscheid, Pand. § 426 bei und in Note 5.

3) Windscheid, a. a. O. § 349 bei u. in Note 5. Dernburg, Pand. 3. A. II 179. Dernburg, Kompens. 2. A. S. 587. Eisele, Komp. S. 259 f. Entsch. des R.G. XXI 198.

gebungen und Entwürfe von Gesetzbüchern[1]) angenommen haben, oder ob die condictio indebiti nur im Fall des Vorhandenseins eines entschuldbaren Irrtums, also regelmäßig nicht im Fall eines Rechtsirrtums, Platz greift, was die dermalen im Gebiet des gemeinen Rechts vorherrschende Ansicht ist[2]), kann im vorliegenden Fall dahin gestellt bleiben, da als erwiesen anzunehmen ist, daß der Kläger zur Zeit der Zahlung seiner Zinsenschuld sich in einem entschuldbaren Irrtum darüber befunden hat, daß ihm ein Recht zur Aufrechnung gegenüber dieser Schuld nicht zustehe.

Zunächst ist, da der Kläger zur Zeit der Zahlung seiner Zinsenschuld gewußt hat, daß ihm eine zur Aufrechnung gegen die letztere geeignete Forderung gegen den Gemeinschuldner zustehe, zu unterstellen, daß der Kläger diese Aufrechnung in Unkenntnis seines Kompensationsrechts unterlassen hat, da er, wenn er von diesem Gebrauch gemacht hätte, für den kompensabeln Teil der Schuld volle Deckung seiner Forderungen erhalten hätte, während er bezüglich dieses Teils im Fall der Unterlassung der Kompensation nur Anspruch auf die Konkursdividende hat, und da im Zweifelsfall nicht anzunehmen ist, daß der Kläger wissentlich seine Vermögensangelegenheiten zu seinem Nachteil besorgen werde. Ebensowenig läßt sich vermuten, daß der Kläger, in Unkenntnis der Grundsätze über die Kompensation im Konkurs, d. h. weil er geglaubt hat, daß eine solche nach Eröffnung des letztern überhaupt nicht mehr ausgeübt werden dürfe, die Aufrechnung unterlassen hat. Denn es spricht der Umstand, daß der Kläger die Zahlung seiner Zinsenschuld zuerst dem Bankhaus F. angeboten hat, welchem die Forderung des N. an den Kläger, aus welcher dieser den Zins geschuldet hat, verfaustpfändet gewesen ist, und daß er erst, nachdem ihm von Seiten des Vertreters jenes Bankhauses erklärt worden war, daß dieses als Faustpfandgläubiger sich

1) Württ. G.Bl. XIV 347 nr. 5. Vgl. auch Entw. des deutsch. bürg. G.B. I. Lesung § 737 Abs. 4; Mot. II 833 f. und II. Lesung § 739.

2) Württ. G.Bl. a. a. O. Entsch. des R.O.H.G. XXIII 319. Entsch. des R.G. XXI 198.

zum Empfang des Gelds nicht für befugt erachte, der Kläger vielmehr solches dem Konkursverwalter bringen solle, an den letzteren Zahlung geleistet hat, dafür, daß der Kläger die Aufrechnung gegenüber seiner Zinsschuld nur deshalb unterlassen hat, weil er solche wegen des nach seiner Ansicht auch auf den Zinsen ruhenden Faustpfandrechts für unzulässig gehalten hat. Daß das Faustpfandrecht sich auch auf die Zinsen erstrecke, mochte der Kläger umsomehr glauben, als er auch den am 15. Juli 1893 verfallenen Jahreszins an den Faustpfandgläubiger abgeführt hat. Aus der erwähnten Erklärung jenes Bankhauses mußte aber der Kläger nicht entnehmen, daß dieses keinen Absonderungsanspruch auf die Zinsen aus der verpfändeten Forderung erhebe, sondern nur, daß dasselbe nach der Konkurseröffnung den Konkursverwalter als allein zur Empfangnahme der Zinsen für berechtigt ansehe (zu vgl. K.O. § 118[1]), wobei dann dem Faustpfandgläubiger vorbehalten blieb, ein etwaiges Absonderungsrecht auf die Zinsen im Konkursverfahren geltend zu machen.

Nach Art. 248 des Pfandgesetzes hat nun die Verpfändung einer Forderung, wenn hievon dem Schuldner des Verpfänders Anzeige gemacht wird, was im vorliegenden Fall geschehen ist, die Wirkung, daß dieser Schuldner vor Befriedigung des Pfandgläubigers weder an den Verpfänder, noch sonst an Jemanden bei Gefahr zu leistender doppelter Zahlung an der Hauptschuld etwas abtragen darf. Dieses Verbot erstreckt sich nach der Ansicht von Mayer[2]) auch auf die Zinsen aus der Hauptschuld, weil der Gesetzesentwurf den allgemeinen Haupt- und Nebenforderungen umfassenden Ausdruck: „an seiner Schuld" enthalten habe, hieran bei der ständischen Verabschiedung nichts geändert worden sei, und daher trotz der bei der Redaktion gewählten Fassung gemäß der Verabschiedung die Haftung des Faustpfands auch auf die Zinsen bezogen werden müsse, und weil die letztern als Nebensachen der Hauptforderung demselben Bande wie diese unterworfen seien.

1) s. Jahrbücher für Rechtspflege VI 339.
2) Komm. II 354.

Tritt man vorstehender Ansicht bei, so war der Kläger auf Grund des aus Anlaß der Bestellung des Faustpfands an ihn erlassenen Zahlungsverbots nicht berechtigt, seine Zinsenschuld mittelst Aufrechnung seiner Forderung an den Gemeinschuldner zu tilgen. Allein angesichts des Wortlauts des Art. 248 muß [1]) angenommen werden, daß das Faustpfandrecht an einer Forderung sich nicht ohne weiteres auch auf deren Zinsen erstreckt.

Hauptsächlich durchschlagend für diese Ansicht ist der von Lang angeführte Grund, daß nach Art. 49 Z. 3 und 4 des Pfandgesetzes das Pfandrecht an einer unbeweglichen Sache die natürlichen und bürgerlichen Früchte nur, soweit sie zur Zeit der Erhebung der Schuld- oder Pfandklage oder der Erkennung des Gants noch nicht abgesondert sind und soweit sie von diesem Zeitpunkt an erhoben werden, in sich begreift und sich daher eine strengere Haftung bzw. ein größerer Umfang des Pfandrechts bezüglich des verfaustpfändeten Gegenstands nicht annehmen läßt, zumal da nach Art. 254 Pf.G. der Faustpfandgläubiger ohne besondere Einräumung kein Recht zur Benützung des Faustpfands hat, diese vielmehr, unbeschadet des Rechts des erstern auf den Besitz, dem verpfändenden Schuldner zusteht.

Ist daher der Kläger, wie oben bemerkt, zur Zeit der Bezahlung der Zinsschuld an den Konkursverwalter der Meinung gewesen, daß das Faustpfandrecht des Bankhauses sich auch auf die Zinsen aus der verpfaustpfändeten Forderung erstrecke und folgeweise die Zinsenschuld der Aufrechnung entzogen sei, so hat er sich in einem Rechtsirrtum befunden. Dieser Rechtsirrtum ist aber ein entschuldbarer gewesen, weil es sich Obigem zufolge um Anwendung eines zweifelhaften und bestrittenen Rechtssatzes handelt und daher, zumal in Ermangelung der Veröffentlichung diesfallsiger gerichtlicher Entscheidungen eine ganz sichere Rechtsbelehrung nicht hätte gegeben werden können [2]).

1) mit Volley, Komm. zum Pfandgef. II 610 f. Lang, Sachenrecht 2. A. II 481 A. 6

2) Wächter, Württ. Pr.R. II 124 bei N. 21. Savigny, Syst. III 336 f.

Wenn Windscheid[1]) auch in dem eben bezeichneten Fall den Rechtsirrtum für unentschuldbar hält, weil das Verlassen des Laien auf sein eigenes Urteil einen Verstoß gegen die Anforderungen gewöhnlichster Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit enthalte, so ist hiegegen einzuwenden, daß dem Laien die Einholung eines sachverständigen Urteils darum nicht zugemutet werden kann, weil dieses sich nicht darüber aussprechen kann, in welcher Weise der bestrittene Rechtssatz von dem maßgebenden Gericht werde ausgelegt werden.

Hat aber der Kläger aus entschuldbarem Rechtsirrtum unterlassen, seine Forderung im Betrag von 7000 M. gegenüber seiner Zinsenschuld in dem zur Aufrechnung geeigneten Betrag von 208,35 M. aufzurechnen, so kann er die Rückerstattung der letztern verlangen.

Urteil des II. Civilsenats vom 1. Juli 1895 in Sachen Scherer gegen Neuburger'sche Konkursmasse.

24.

Anfechtung einer Unterpfandsbestellung für das Beibringen einer Ehefrau, die unter Anrufung der weiblichen Freiheiten ihr Beibringen „aber nicht in natura, sondern Sicherstellung“ verlangt hat?

Die Beklagte hat am 15. August 1894 vor der Unterpfandsbehörde P. erklärt, daß sie die weiblichen Freiheiten anrufe, ihr Beibringen zurückverlange, „aber nicht in natura, sondern Sicherstellung auf dem besitzenden Wohnhaus mit III Recht“ verlange und daß sie sich mit dieser Sicherheit begnüge. Hierauf wurde der Beklagten an demselben Tage (15. August 1894) mit Zustimmung ihres Ehemanns für ihr Beibringen im Betrag von 569 M. ein Haus, welches zur Errungenschaft der Eheleute gehörte, als Unterpfand mit drittem Recht bestellt. Am 30. November 1894 ist über das Vermögen des Ehemanns der Beklagten das Konkursverfahren eröffnet worden, im Konkurs hat Beklagte die weiblichen Freiheiten angerufen. Der

1) Pandekten § 79 Note 5.

Konkursverwalter hat die Unterpfandsbestellung vom 15. August 1894 angefochten, indem er vortrug: die fragliche Unterpfandsbestellung stelle einen entgeltlichen Vertrag des Gemeinschuldners mit seiner Ehefrau dar, der, als im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung geschlossen, der Anfechtung auf Grund des § 24 nr. 2 der Konkursordnung unterliege, da durch den Abschluß des Vertrags die übrigen Gläubiger des Gemeinschuldners unzweifelhaft benachteiligt worden seien. Uebrigens greife auch der Anfechtungsgrund des § 25 nr. 2 der K.O. Platz, da der Beklagten ein Anspruch auf Sicherstellung ihres Sonderguts zu der kritischen Zeit gesetzlich nicht zugestanden habe. Denn infolge der vorangegangenen Anrufung der weiblichen Freiheiten seitens der Beklagten habe die Errungenschaftsgesellschaft und das Verwaltungsrecht des Ehemanns und damit auch der gesetzliche Pfandrechtstitel der Beklagten aufgehört.

Die Klage ist abgewiesen und die Berufung des Klägers zurückgewiesen worden.

Die

Gründe

des Berufungsurteils lauten:

Die Unterpfandsbestellung vom 15. August 1894 will die klagende Konkursmasse anfechten auf Grund der §§ 24 Z. 2 und 25 Z. 2 der Konkursordnung.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe am 15. August 1894 vor der Unterpfandsbehörde zu P. die Erklärung abgegeben, sie rufe die weiblichen Freiheiten an; damit habe sie ausgedrückt, die zwischen ihr und ihrem Ehemann bestehende Errungenschaftsgesellschaft solle aufgelöst und ihrem Ehemann das Verwaltungsrecht an ihrem Beibringen entzogen sein; sie habe sodann ihr Beibringen zurückverlangt, aber nicht in Natur, sondern durch Ersatz des Werts. Hiemit habe sie eine fällige Forderung gegen ihren Ehemann auf Rückerstattung des Werts des Beibringens gehabt, wofür ihr aber ein Pfandrechtstitel nicht mehr zugestanden sei. Wenn daher ihr Ehemann ihr hiefür ein Pfandrecht bestellt habe, so sei er hiezu weder durch

Gesetz noch durch Vertrag verpflichtet gewesen und es sei deshalb diese Pfandbestellung anfechtbar.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob letzteres richtig ist, denn die Auslegung, welche die Klägerin der Erklärung der Beklagten zu Teil werden läßt, kann nicht als richtig erachtet werden.

Die Beklagte hat allerdings sich dahin ausgedrückt, sie verlange ihr Beibringen zurück, aber nicht in Natur. Allein der Gegensatz hiezu ist nicht der, daß sie ihr Beibringen zurückverlange, jedoch nicht in Natur, sondern mittelst Ersatzes des Wertes: von Werterſatz ist in ihrer Erklärung nicht die Rede. Vielmehr ist der Gegensatz bestimmt bezeichnet durch das Wort „sondern": „sondern sie verlangt Sicherstellung auf dem besitzenden Wohnhaus." Es wird also hier der Zurückgabe des Beibringens in Natur, welche sie nicht verlangt, die Sicherstellung auf dem besitzenden Wohnhaus, welche sie begehrt, gegenüber gestellt. Es ist richtig, daß bei dieser Auslegung das Gewollte mangelhaft ausgedrückt ist, sofern die Sicherstellung nicht wohl als eine Art der Zurückgabe des Beibringens bezeichnet werden kann; allein eine mangelhafte Ausdrucksweise liegt auch vor, wenn man von der Auslegung der Klägerin ausgeht, sofern das, was durch das Wort „sondern" als Gegensatz bezeichnet ist, kein Gegensatz wäre.

Wenn aber die Beklagte an Stelle der Herausgabe ihres Beibringens in Natur Sicherstellung desselben auf dem besitzenden Haus verlangt, so ist damit ausgedrückt, daß sie in Wirklichkeit den Betrag des Beibringens von ihrem Ehemann nicht herausverlange, sondern daß er ihr Vermögen in der Hand behalten, dasselbe aber sicherstellen soll. In der That hat ja auch die Beklagte ihr Vermögen nicht ausgefolgt erhalten und ihr Ehemann hat dasselbe nicht ausbezahlt; vielmehr hat der Letztere den fraglichen Betrag behalten und denselben auf dem Hause versichert, und zwar nicht bloß auf vorübergehende Zeit, bis er das Vermögen herausgeben würde. Allerdings folgt hieraus noch nicht, daß die Beklagte ihrem Ehemann ihr Vermögen als Beibringen belassen wollte.

Es könnte gesagt werden, durch die Anrufung der weiblichen Freiheiten sei die Errungenschaftsgesellschaft aufgelöst und dem Ehemann sein eheliches Verwaltungsrecht entzogen; wenn daher die Beklagte einerseits ihr Beibringen von ihrem Ehemann zurückverlangt, andererseits aber ihm den Betrag desselben gegen Sicherheitsleistung wieder überlassen habe, so könne sie nur beabsichtigt haben, ihm dasselbe in anderer Form z. B. als Darlehen — wie auch die Klägerin von einem Anborgen spricht — oder zur Verwaltung als ihrem Privatvermögensverwalter gegen Kaution zu überlassen. Dem steht aber folgendes entgegen: wenn die beklagte Ehefrau ihr Vermögen ihrem Ehemann überhaupt in der Hand belassen wollte, so lag für sie lediglich kein Grund vor, und es ist auch ein solcher von der Klägerin nicht angeführt, welcher sie veranlaßt haben könnte, die eheliche Errungenschaftsgesellschaft aufzulösen und ihrem Ehemann das Verwaltungsrecht an ihrem Vermögen zu entziehen. Um ihren Pfandrechtstitel für ihr Beibringen zu realisieren, bedurfte sie der Anrufung der weiblichen Freiheiten und der Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft nicht. Ebensowenig kann die Klägerin behaupten, daß in den gegenseitigen Beziehungen der Ehegatten eine Veränderung vorgekommen sei, oder daß die beklagte Ehefrau beabsichtigt hätte, es solle von nun an der Ertrag ihres Sonderguts nicht mehr zur Tragung der ehelichen Lasten verwendet werden, sondern ihr allein zukommen.

Ebensowenig lag ein Anlaß für sie vor, ihrem Ehemann das Verwaltungsrecht an ihrem Beibringen zu entziehen. Dies pflegt dann zu geschehen, wenn die Ehefrau sich vor einer schlechten Verwaltung ihres Ehemanns sichern will. Allein dagegen war die Beklagte durch die unterpfändliche Sicherstellung ihres Beibringens geschützt und es hätte die Konsequenz erfordert, daß sie dann ihr Vermögen ihrem Ehemann überhaupt nicht, auch nicht in anderer Form, in der Hand belassen hätte, da sie durch ihr Unterpfand gleich viel und gleich wenig gesichert war, mochte der Ehemann dieses Vermögen als Bei-

bringen oder als Darlehen oder zur Privatvermögensverwaltung in Händen behalten.

Selbst wenn sie beabsichtigt haben sollte, die weiblichen Freiheiten deshalb anzurufen, damit ihr Ehemann Eigentümer der vorhandenen Errungenschaft, darunter des Hauses, werde, um dem Einwand zu begegnen, das Unterpfand habe nur auf der Hälfte des Hauses gültig bestellt werden können, so stand für sie nichts entgegen, alsbald wieder mit ihrem Ehemann eine neue Errungenschaftsgesellschaft einzugehen, ihr Vermögen in diese Errungenschaftsgesellschaft einzubringen, ihrem Ehemann daran das Verwaltungsrecht einzuräumen und ihren Pfandrechtstitel geltend zu machen.

Dem entsprechend hat denn auch die Beklagte nach dem Unterpfandsprotokoll vom 15. August 1894 erklärt, sie verlange unterpfändliche Sicherstellung ihres in der Beibringensinventur vom 17. Februar 1885 zu 569 M. berechneten beweglichen Beibringens von ihrem Mann, mit dem sie nach gedachtem Inventar in landrechtlicher Errungenschaft lebe, unter Berufung auf ihren gesetzlichen Pfandrechtstitel. Uebereinstimmend hiemit hat die Unterpfandsbehörde, von welcher angenommen werden darf, daß sie samt dem Pfandhülfsbeamten auf Grund der vor ihr vorangegangenen Verhandlung am besten zu beurteilen vermocht habe, was denn der wirkliche Wille der Beklagten gewesen sei, die Pfandbestellung in das Unterpfandsbuch eingetragen. Es heißt hier unter der Rubrik „Namen des Schuldners mit Bezeichnung seiner ehelichen Verhältnisse“: „K. S. Krämer lebt mit F. geb. F. in erster Ehe und landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft.“ Dies konnte die Unterpfandsbehörde nicht beurkunden, wenn sie angenommen hätte, die Errungenschaftsgesellschaft sei zur Zeit der Pfandbestellung aufgelöst gewesen. Es folgt sodann die Unterpfandsbestellung: „der ersten Ehefrau des Schuldners, F. geb. F., wird für ihr in dem Beibringensinventar vom 17. Februar 1885 beschriebenes, dem Ehemann bei Eingehung der Ehe zugebrachtes, bewegliches Beibringen im Betrag von 569 M. hiemit auf ihren Antrag und mit Zustimmung ihres Ehemanns als Schuldner

als Unterpfand bestellt: Liegenschaft u. s. w." Hier wird also als Schuldgrund bezeichnet das Einbringen des Betrags von 569 M. in die eheliche Errungenschaftsgemeinschaft, die demnach noch oder wieder bestehen mußte und diese Schuld und die Verpfändung ist von dem Ehemann anerkannt worden.

Aus dem Bisherigen folgt, daß die Beklagte ihr Vermögen ihrem Ehemann als Beibringen überlassen, somit ihm das Verwaltungsrecht daran nicht entziehen wollte. Wenn daher die beklagte Ehefrau in der Verhandlung vom 15. August 1894 erklärt hat, sie rufe die weiblichen Freiheiten an, so wird nur zweierlei möglich sein: entweder es hat dieselbe angenommen, mit der Anrufung der weiblichen Freiheiten, deren Folgen in der Erklärung im einzelnen nicht hervorgehoben sind, sei die Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft nicht verknüpft, vielmehr werden nur die Verbindlichkeiten auf den Ehemann übergewälzt und ihm die Errungenschaft überlassen; sie hat daher diese Errungenschaftsgemeinschaft nicht auflösen wollen, und nur eine ihrem wirklichen Willen nicht entsprechende Erklärung abgegeben, welcher eben darum dem nachgewiesenen Willen gegenüber keine Rechtswirksamkeit zukommt, oder aber hat dieselbe sofort nach Auflösung der Errungenschaftsgesellschaft ihr Vermögen dem Ehemann als Beibringen zur Verwaltung wieder überlassen und damit die Errungenschaftsgemeinschaft erneuert, eine Rechtshandlung, welcher kein rechtliches Hindernis entgegenstand und infolge welcher ihr wieder der gesetzliche Pfandrechtstitel für ihr Beibringen zukam.

Es kann nicht gesagt werden, die Ehefrau habe dem Ehemann ihr Beibringen dann ohne rechtliche Verpflichtung überlassen und deshalb stehe ihr der Pfandrechtstitel nicht zu: auch bei Eingehung der Ehe kann die Ehefrau wählen, welches Güterrechtsverhältnis sie mit ihrem Ehemann eingehen und ob sie ihm ihr Vermögen als Beibringen zubringen will. Hat sie dies gethan, so steht ihr jederzeit der Pfandrechtstitel zur Seite und so auch bei einem späteren Einbringen.

Nach § 25 Ziff. 2 kann demnach die Unterpfandsbestellung

vom 15. August 1894 nicht angefochten werden, weil sie auf Grund gesetzlicher Verpflichtung erfolgt ist.

Die Klägerin greift sodann die Pfandbestellung vom 15. August auch auf Grund des § 24 Ziff. 2 der K.O. an. Allein dafür, daß eine Rückgewähr und eine Sicherstellung, welche infolge einer gesetzlichen Verpflichtung vorgenommen worden ist, auch nach § 24 Ziff. 2 nicht anfechtbar ist, ist zu verweisen auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 31 S. 123.

Uebrigens trifft diese Anfechtung auch vom Standpunkt der Klägerin aus nicht zu. Es wäre nicht zu bezweifeln, daß in einer ohne rechtliche Verpflichtung dem Gläubiger gewährten Pfandsicherheit ein Vertrag läge, durch dessen Abschluß die Gläubiger des Gemeinschuldners benachteiligt würden. Allein es handelt sich nicht lediglich um die Pfandbestellung. Die Klägerin trägt selbst vor, die beklagte Ehefrau habe in Folge ihrer Erklärung einen fälligen Anspruch auf Rückgewähr ihres nicht in Natura vorhandenen Sonderguts als fällige Geldforderung gegenüber von ihrem Ehmann gehabt, dagegen einen gesetzlichen Anspruch auf Pfandsicherheit nicht mehr. Wenn nun die Ehefrau diesen fälligen Anspruch nicht realisierte, sondern den fraglichen Betrag in Händen ihres Ehemanns beließ, wogegen dieser ihr ein Unterpfand bestellte, so sind die Gläubiger nicht schon durch den Abschluß dieses Vertrags benachteiligt, weil der Ehemann gegen die Pfandbestellung ein Aequivalent erhielt dadurch, daß er den andernfalls herauszuzahlenden Betrag des Beibringens behalten durfte. Es ist daher nicht selbstverständlich, wie die Klägerin annimmt, daß die Gläubiger durch die Pfandbestellung benachteiligt wurden, denn die Beklagte hätte ohne Pfandbestellung dieses Vermögen ihrem Ehemann nicht belassen, vielmehr wäre die Behauptung einer Benachteiligung der Gläubiger erst noch zu begründen gewesen, was nicht geschehen ist.

Urteil des I. Civilsenats vom 25. Oktober 1895 in Sachen Keppeler'sche Konkursmasse gegen Keppeler.

25.

Anfechtung der Zahlung einer fälligen Schuld an den Schuldner des Anfechtungsgläubigers.

Beklagter hat dem Kommissionär Z. für Provision 500 M. geschuldet und hieran im Mai, Juni und Juli 1894 zusammen 200 M. bezahlt, für seine Restschuld aber dem Z. ein vom 4. August 1894 datiertes Wechselaccept über 300 M. gegeben, das Z. alsbald weiter gegeben und Beklagter bei Verfall am 4. Oktober 1894 eingelöst hat. Kläger hat eine vollstreckbare Forderung im Betrag von 370 M. gegen Z. und hat in Höhe dieser Forderung am 7. August 1894 die dem Z. gegen den Beklagten zustehende Provisionsforderung pfänden und sich zum Einzug überweisen lassen. Beklagter hat sich geweigert, dem Kläger etwas zu bezahlen, weil er den Z. schon vor dem 7. August 1894 auf dessen Drängen in der eingangs erwähnten Weise vollständig befriedigt habe. Kläger hat darauf den Zahlungsempfang des Z. auf Grund des § 3 Ziff. 1 des Anfechtungsgesetzes angefochten, dieser Anfechtung ist aber der Erfolg versagt worden.

Gründe:

Es fragt sich, ob die Zahlung einer fälligen Schuld an den Schuldner des Anfechtungsgläubigers seitens eines Drittschuldners überhaupt anfechtbar ist und ob die vorgetragenen Thatsachen zur Begründung einer solchen Anfechtung ausreichen.

Im Unterschied vom gemeinen Recht, welches die paulianische Anfechtung einer geschuldeten Zahlung an den Schuldner nicht kannte, ist nach dem Anfechtungsgesetz § 3 Ziff. 1 nach der Konkursordnung § 24 Ziff. 1 auch die Annahme von geschuldeten Zahlungen seitens des Schuldners (so wenig wie die Leistung geschuldeter Zahlungen seitens desselben) grundsätzlich der Anfechtung nicht entzogen, wie in den Motiven zur K.O.[1]) ausdrücklich ausgesprochen ist. Wie aber die An-

1) Kortkampf'sche Ausgabe S. 1417.

fechtung geschuldeter Zahlungen des Schuldners an dritte Gläubiger nur unter besonderen Umständen statthaft ist[1]), so müssen auch zur Anfechtung der Annahme geschuldeter Zahlungen seitens des Schuldners ganz besondere Umstände vorliegen, welche diese Annahme als in rechtswidriger, auf Benachteiligung der Gläubiger gerichteter Absicht geschehen erscheinen lassen. Denn die Lage eines Drittschuldners, welcher eine fällige Zahlung an den Schuldner zu leisten hat, ist gegenüber dem Anfechtungsrecht der Gläubiger des Letzteren darum eine besonders mißliche, weil er bei grundloser Verweigerung der von seinem Gläubiger (dem Schuldner) geforderten Zahlung in Verzug kommt und der Gefahr sofortiger gerichtlicher Belangung ausgesetzt ist. Die Umstände müssen daher weiter so geartet sein, daß der Drittschuldner die Anforderung des Schuldners, ohne sich in Verzug zu setzen, hätte zurückweisen und gegenüber einer etwaigen Klage desselben auf eine rechtswidrige fraudulose Absicht einredeweise sich hätte berufen können.

Dies mag anzunehmen sein für den in der Litteratur hauptsächlich angeführten Fall, daß der von seinen Gläubigern bedrängte Schuldner seine Ausstände in der den Drittschuldnern bekannten Absicht einkassiert, um das Geld bei Seite zu schaffen oder damit flüchtig zu gehen[2]). Hiezu darf der Drittschuldner nicht die Hand bieten und in solchem Falle wäre auch bei einer Zahlungsweigerung ein Verzug zu verneinen.

Dies trifft jedoch gegenwärtig nicht zu.

Denn nach der ganzen Sachlage, nach den Zeugenaussagen, dem Brief des Z. und nach der eigenen Darstellung des Klägers ging Z. nicht darauf aus, die von dem Beklagten einkassierten Gelder seinen Gläubigern überhaupt zu entziehen, sie für sich auf die Seite zu bringen oder damit durchzugehen, —

---

1) Motive zur K.O. S. 1422. Entscheid. des Reichsgerichts Bd. 16 S. 61; 20 S. 180; 23 S. 9; 27 S. 130; 31 S. 123 und in Seuff. Archiv 47 nr. 197; 49 nr. 17.

2) Stieglitz, Komm. zur K.O. S. 148. Sarwey-Bossert, K.O. 3. Aufl. S. 250. Otto, Anfechtung S. 60. Wilmowski, K.O. 4. Aufl. S. 142. Menzel, Anfechtungsrecht S. 183. Note 17.

Z. hat ja mit den eingenommenen Geldern andere und zwar dringendere Schulden (für Miete und Lebensmittel) bezahlt —, sondern es ging sein Bestreben nach der Behauptung des Klägers nur dahin, dem Kläger als dem ihm besonders aufsässigen Gläubiger nichts zukommen zu lassen. Mag nun auch der Beklagte durch die unter Eid verstellten Aeußerungen des Z. von dessen Absicht, eine von ihm befürchtete Pfändung seiner Provisionsforderung seitens des Klägers durch Einziehung dieser Forderung zu vereiteln, Kenntnis erhalten haben, so brauchte sich Beklagter dadurch allein noch nicht abhalten zu lassen, die von seinem Gläubiger verlangte Zahlung (in baar oder mittels eines Wechselaccepts) zu leisten. Die Provisionsforderung war fällig und klagbar, die Anforderung des Z. daher eine berechtigte. Ein besonderes Recht des Klägers, gerade aus diesem Vermögensstück des Schuldners Z. sich Befriedigung zu verschaffen [1]), bestand so wenig als ein Recht, vor den andern Gläubigern des Z. zur Befriedigung zu kommen. Der Beklagte brauchte sich daher auch nicht darum zu kümmern, welche seiner Gläubiger Z. mittels des eingezogenen Forderungsbetrags bezw. des dafür gegebenen Zahlungsmittels zunächst befriedigen und ob er einem bestimmten Gläubiger davon nichts zukommen lassen wolle. Die allgemeine Redensart des Z., man müsse dafür sorgen, daß Kläger ihm nicht hinkönne, berührte den Beklagten nicht, eine betrügliche Kollusion mit Z. geht daraus noch nicht hervor, auch wäre der Beklagte hiedurch noch nicht vor den nachteiligen Folgen einer Zahlungsweigerung geschützt gewesen. Durch die Hingabe des Accepts hat er seinem Gläubiger Z. ein mit der Provisionsforderung gleichwertiges und dem Zugriff von dessen Gläubigern in gleicher Weise ausgesetztes Vermögensstück gegeben und er konnte es dem Kläger überlassen, durch rechtzeitige Beschlagnahme des Vermögensstücks sich daraus seine Befriedigung zu suchen.

Solche besonderen Umstände, welche ausnahmsweise auch die Annahme einer geschuldeten Zahlung anfechtbar machen und den Drittschuldner zur nochmaligen Leistung zwingen würden,

1) s. auch Entsch des R.G. in Strafsachen Bd. 8 S. 52.

sind daher nicht dargelegt worden, weshalb die versuchte Anfechtung ohne weiteres zurückzuweisen ist.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 3. Mai 1895 in Sachen Maiter gegen Lausterer.

26.

Unzulässigkeit des Rechtswegs für einen Antrag eines Fischereiberechtigten auf Untersagung der kraft Gemeingebrauchs ausgeübten Gewinnung von Sand und Kies aus einem öffentlichen Fluß.

Der Kläger ist unbestrittenermaßen auf einer Strecke der Fils fischereiberechtigt. Er hat Erlassung einer einstweiligen Verfügung gegen die Beklagten dahin beantragt, daß sie sich des Sammelns und Abführens von überschwemmtem Sand und Kies, sowie des Ausbaggerns von Sand und Kies auf der betreffenden Strecke der Fils zu enthalten haben. Dieser Antrag ist in zweiter Instanz zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Der Kläger ist Inhaber des Rechts der Fischerei auf einer bestimmten Strecke der Fils, eines öffentlichen Flusses. Dieses Recht hat ein Vorfahre des Klägers im vorigen Jahrhundert von der Reichsstadt Ulm erworben, und es ist dasselbe seither in der Familie des Klägers geblieben und schließlich auf den letztern übergegangen. Das fragliche Recht ist somit eine von der vormaligen Reichsstadt Ulm, wie anzunehmen ist auf Grund des ihr damals zustehenden Fischereiregals, durch einen privatrechtlichen Akt verliehene und den Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs bildende Sondernutzung an einem öffentlichen Wasser und als solche ein Privatrecht [1]).

Dieses Privatrecht ist jedoch bezüglich seiner Ausübung durch den an öffentlichen Gewässern bestehenden Gemeingebrauch

1) Lang, Sachenrecht 2. A. II 7, 8, 10, württ. G.Bl. VI, 57. Jahrbücher VI 283.

eingeschränkt [1]). Die auf letzterem beruhenden Befugnisse sind nicht privatrechtlicher, sondern öffentlich rechtlicher Natur [2]).

Ein Ausfluß jenes Gemeingebrauchs ist unter Anderem das Recht, aus dem Bett des öffentlichen Flusses Kies und Sand zu gewinnen [3]), und es wird auch von den Beklagten das Recht auf Kiesgewinnung aus dem Teil der Fils, auf welchen sich das Fischereirecht des Klägers erstreckt, nur auf den ihnen zustehenden Gemeingebrauch an der Fils, als an einem öffentlichen Fluß, gestützt.

Würde man nun auch annehmen, daß der Inhaber der Sondernutzung an diesem öffentlichen Fluß durch Ersitzung ein Privatrecht auf Ausschließung des von den Beklagten angesprochenen Gemeingebrauchs erwerben könne [4]), so wird hiezu nicht genügen, daß der letztere seither nicht hergebracht war, da hiedurch kein Rechtsverhältnis, sondern nur ein thatsächlicher Zustand, welcher sich jeder Zeit ändern kann, begründet würde, und da der Gemeingebrauch, welcher kein individuelles Vermögensrecht ist, durch Nichtgebrauch nicht verloren geht [5]).

Vielmehr wäre erforderlich, daß der Inhaber der Sondernutzung während des zur Ersitzung eines bezüglichen Privatrechts notwendigen Zeitraums die Ausübung des gedachten Gemeingebrauchs verboten hat und solche infolge dieses Verbots während jenes Zeitraumes unterlassen worden ist, da nur in diesem Fall die Absicht, ein Recht auszuüben und die Ausübung eines Rechts zu dulden, angenommen werden könnte [6]).

Den Erwerb eines solchen Privatrechts behauptet aber der Kläger nicht, sondern derselbe macht nur geltend, daß in der Fils niemals Kies gebaggert, sondern dieser althergebrachter

1) Lang, a. a. O. S. 17.

2) Lang, a. a. O. S. 6. Württ Arch I 434. Württ. G B VI 54.

3) Lang, a. a O. S. 4 bei und in Note 5. Fischereigesetz vom 27. November 1865 Art. 8.

4) Lang, a. a. O. S. 6 Note 12, S. 17 bei und in Note 1, dagegen Seuff. Arch. XXXI Note 107.

5) Hesse, Jahrbücher für Dogm. VII 254 Ziff. 3. Lang, a. a. O. S. 6 Note 12.

6) Lang, a. a. O.

Gewohnheit gemäß nur an Plätzen, an welchen derselbe vom Wasser nicht überschwemmt sei, geholt worden sei, was dem eben bemerkten zufolge ein Privatrecht des Klägers auf Ausschließung einer weitergehenden Kiesgewinnung zufolge Gemeingebrauchs nicht begründen würde.

Wenn daher der Kläger als Inhaber des eingangs erwähnten Fischereirechts den Antrag gestellt hat, den Beklagten durch einstweilige Verfügung das Gewinnen von überschwemmtem Kies und Sand aus der Strecke der Fils, auf welche sich sein Fischereirecht erstreckt, zu verbieten, und sich dagegen die Beklagten auf den ihnen an der Fils zustehenden Gemeingebrauch berufen, so handelt es sich in dem Rechtsstreit der Parteien nicht um das Bestehen jenes Fischereirechts, da solches von den Beklagten anerkannt wird, oder darum, ob dem Kläger auf Grund seines Fischereirechts die privatrechtliche Befugnis zusteht, den erwähnten Gemeingebrauch den Beklagten zu verbieten, vielmehr ist nur bestritten, ob und in wieweit die Ausübung des Fischereirechts des Klägers durch den von den Beklagten erhobenen Anspruch auf den Gemeingebrauch an der Fils beschränkt wird. Da dieser aber ein öffentlich rechtlicher ist, so hat über denselben nach Art. 10 Ziff. 24 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege nicht das bürgerliche Gericht, sondern das Verwaltungsgericht zu entscheiden. Denn da die angeführte Gesetzesstelle von einem Streit zwischen mehreren bei der Ausübung Beteiligten handelt, so muß in diesem Zusammenhang unter dem „erhobenen Anspruch" der von einem der Beteiligten, ohne Unterschied ob von dem Kläger oder dem Beklagten, erhobene Anspruch verstanden werden. Dies ergiebt sich auch daraus, daß für die Zuständigkeit des bürgerlichen oder des Verwaltungsgerichts lediglich die innere Natur des Rechtsverhältnisses, welches bestritten und über welches daher zu entscheiden ist, somit nur der bestrittene Anspruch, sei es des Klägers oder des Beklagten, als maßgebend erscheint [1]).

Hienach war das bürgerliche Gericht nicht zuständig zur

1) Jahrbücher II 133 f., 193.

Entscheidung über den Antrag des Klägers, den Beklagten die Ausübung des von denselben angesprochenen Gemeingebrauchs im Weg einstweiliger Verfügung zu verbieten, weil dieses eine öffentlich rechtliche Befugnis ist und der Civilrichter nur zur vorläufigen Regelung bestrittener privatrechtlicher Ansprüche eine einstweilige Verfügung treffen darf [1]). Unzutreffend ist es, wenn der Kläger behauptet, daß das Landgericht Ulm, weil bei diesem die Hauptsache anhängig gemacht sei, als das Gericht der Hauptsache zur Entscheidung über die einstweilige Verfügung zuständig sei. Denn nach § 816 C.P.O. ist, wie keiner Ausführung bedarf, das Gericht der Hauptsache für die Erlassung einstweiliger Verfügungen nur dann zuständig, wenn seine Zuständigkeit zur Entscheidung der Hauptsache begründet ist, was im vorliegenden Fall nach dem Ausgeführten bei dem Landgericht Ulm nicht zutrifft.

Wenn der Kläger zur Widerlegung der Annahme, daß im vorliegenden Fall der Rechtsweg unzulässig sei, geltend macht, daß der Beklagte nicht durch das Zugeständnis der die Zuständigkeit des Gerichts begründenden Klagthatsachen das für die Klage unzweifelhaft zuständige Gericht unzuständig machen könne, so mag dies zwar dem Kläger zugegeben werden. Allein im vorliegenden Fall war dem oben bemerkten zufolge das von dem Kläger angerufene bürgerliche Gericht von Anfang an darum unzuständig, weil es sich um einen auf den Grundsätzen des öffentlichen Rechts beruhenden Eingriff der Beklagten in das von den letztern nicht bestrittene Privatrecht des Klägers handelt. Daß aber letzteres der Fall sei, hätte der Kläger vor der Betretung des Civilrechtswegs erfahren können.

Endlich kann auch nicht, wie der Kläger meint, von der Anwendung des § 139 C.P.O. die Rede sein. Denn abgesehen davon, daß durch eine Aussetzung des Verfahrens über die einstweilige Verfügung bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde über den von den Beklagten angesprochenen Gemeingebrauch der Zweck, den der Kläger durch die Erlassung der von ihm beantragten einstweiligen Verfügung erstrebt, nicht

1) Württ. Archiv XII 309.

erreicht würde, wäre ein Raum für die Entscheidung des Civilrichters nicht mehr vorhanden, wenn das Verwaltungsgericht über den im vorliegenden Fall allein bestrittenen Gemeingebrauch der Beklagten erkannt hätte.

Urteil des II. Civilsenats vom 27. Dezember 1894 in Sachen Kurz und Genossen gegen Gunzenhauser. Die eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden.

27.

Unstatthafte Klageanhäufung bei eventueller Verbindung der Klage aus dem Recht mit der Besitzklage?

Kläger hat gegen die Beklagten Klage erhoben auf Herausgabe eines Pferds und Schadensersatz auf Grund der Behauptung, daß ihm die Beklagten das fragliche Pferd, das er vom Beklagten W. eingetauscht hatte, gewaltsam weggenommen haben. In der schriftlichen Klage war gesagt: „Die Klage stützt sich auf die actio quod metus causa, condictio furtiva sowohl unter dem Gesichtspunkt der contrectatio fraudulosa als der rapina, eventuell auf den Tauschvertrag und Vindikation". In der mündlichen Verhandlung erklärte Kläger, es werde lediglich aus der Thatsache der gewaltsamen Besitzentziehung geklagt, nicht aus dem Recht. Wenn in der schriftlichen Klage der Anspruch eventuell auf den Tauschvertrag und Vindikation gestützt worden sei, so werde dies fallen gelassen. Die Beklagten machten geltend: Die Klage sei abzuweisen, weil Kläger, wenn auch nur in der schriftlichen Klage und wenn auch nur eventuell, entgegen der zwingenden Vorschrift des § 232 Abs. 2 C.P.O. die petitorische Klage mit der possessorischen kumuliert habe. Dieser Einwand ist in beiden Instanzen verworfen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Die Berufungskläger behaupten, die Klage müsse wegen der in der schriftlichen Klage enthaltenen Verbindung der Besitzklage mit der Klage aus dem Recht abgewiesen werden, weil

dies der zwingenden Vorschrift des § 232 Absatz 2 C.P.O. widerspreche.

Allein der Satz, daß im Falle des Vorliegens einer nach § 232 Abs. 2 C.P.O. unstatthaften Klagenverbindung die ganze Klage als unstatthaft abgewiesen werden müsse, kann doch nur da zur Anwendung kommen, wo zwei Klagen, welche nicht verbunden werden dürfen, in gleicher Linie verbunden sind, nicht aber in dem Fall, wenn die eine nur eventuell mit der andern verbunden ist. Es läßt sich kein Grund einsehen, warum eine in ganz richtiger Weise erhobene Klage deshalb als unzulässig zurückgewiesen werden müßte, weil eine andere, welche mit ihr nicht gehäuft werden darf, aushilfsweise mit ihr verbunden werden soll. Es ist dann eben die mit der in erster Linie angestellten Klage in unstatthafter Weise verbundene zweite Klage als unzulässig zurückzuweisen, wenn der Kläger nicht vorzieht, die eventuelle Klage fallen zu lassen; es steht aber nichts entgegen, über die in erster Linie erhobene Klage zu verhandeln und zu entscheiden. Es entspricht dies der Absicht der Partei, welche die erste Klage jedenfalls aufrecht erhalten wissen will. Der Wortlaut des § 232 C.P.O. hindert nicht, eine verbotene Kumulation der gedachten Art in der angegebenen Weise zu beseitigen, wie dies auch dann geschieht, wenn eine Klage, für welche der Richter nicht zuständig ist, mit einer andern gehäuft wird [1]). Auch der Zweck der Vorschrift des § 232 Abs. 2, wie er angegeben wird, unnötige und zeitraubende Verhandlungen zu ersparen, fordert nicht eine andere Behandlung der eventuellen Klagenhäufung. Hienach durfte, nachdem der Kläger die eventuelle Klage aus dem Recht hatte fallen lassen, die in erster Linie angestellte Besitzklage nicht als unzulässig zurückgewiesen werden und es ist dieser Angriff gegen das erstrichterliche Urteil unbegründet.

Darauf, wie eine Klage in dem Schriftsatz und in der mündlichen Verhandlung genannt wird, kommt es nicht an, sondern darauf, wie sie begründet wird und ob diese Begründung das gestellte Gesuch rechtfertigt. Hienach aber war es

1) R.G. Bd. 27 S. 391.

kein Irrtum, wenn der vorige Richter die Spolienklage als angestellt angesehen hat.

Urteil des I. Civilsenats vom 10. Mai 1895 in Sachen Widerroder und Genossen gegen Hartmann.

28.

Eideszuschiebung über einen nicht spezialisierten Ehebruch.

Klägerin hat auf Ehescheidung wegen Ehebruchs des Beklagten geklagt; Beklagter hat geltend gemacht, Klägerin habe selbst die Ehe gebrochen. Der Einwand wurde, ohne daß auf den der Klägerin zugeschobenen Eid erkannt worden wäre, verworfen aus folgenden

Gründen:

Anlangend die vom Beklagten geltend gemachte Einrede der Kompensation, so hat er zur Begründung derselben nur soviel geltend zu machen vermocht, daß Klägerin in der Zeit nach dem 1. Juli 1873, d. h. nach der unbestritten im Juni 1873 erfolgten Trennung beider Ehegatten, die Ehe gebrochen habe.

Nach der Bestimmung des § 230 Abs. 2 Ziff. 2 der C.P.O. hat der Kläger und zwar schon in der Klagschrift den Grund des erhobenen Anspruchs, d. h. den Inbegriff derjenigen Thatsachen, welche nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts geeignet und erforderlich sind, den Schluß auf das Begründetsein des Anspruchs zu rechtfertigen, anzuführen. Dasjenige, was vom Klagegrund gilt, muß in dieser Richtung auch vom Grunde einer Einrede, wie der der Kompensation des Ehebruchs, gelten. Wie weit die Spezialisierung der den Grund der Klage oder Einrede bildenden Thatsachen notwendig ist, darüber entscheidet nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles das Ermessen des Gerichts. Im vorliegenden Falle kann mit der Behauptung des Beklagten, Klägerin habe in der Zeit nach der Trennung, seit 1. Juli 1873, die Ehe gebrochen, ein Ehebruch der Klägerin nicht als genügend spezialisiert angenommen

werden. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß mit dieser Behauptung ohne jede nähere Angabe der Person des Ehebrechers, der Zeit, des Orts und der sonstigen Umstände eine Klage auf Scheidung wegen Ehebruchs nicht begründet werden kann. Das Gleiche muß aber auch von dem im Wege der Kompensation geltend gemachten Ehebruche gelten. Zwar ist nicht zu verkennen, daß einem Ehegatten unter Umständen wegen der in der Natur der Sache liegenden Schwierigkeiten nicht zugemutet werden kann, zuverlässige Ermittlungen über die Person, mit welcher der geschlechtliche Verkehr stattgefunden hat, und die näheren Umstände einzuziehen. Allein im vorliegenden Falle wäre es dem Beklagten wohl nicht schwer gefallen, etwa vorliegende Verdachtsgründe gegen seine in einer nicht weit von seinem Aufenthaltsorte gelegenen kleinen Dorfgemeinde sich aufhaltende Ehefrau zu ermitteln. Der Umstand, daß er dies nicht gethan hat, daß im Gegenteile weder dem Gemeinderat, noch dem Pfarramt W. nach deren schriftlichen Zeugnissen von einer derartigen Verfehlung der Klägerin etwas bekannt geworden ist, weist darauf hin, das Beklagter keine Anhaltspunkte hat, welche auch nur den entfernten Verdacht eines vorgekommenen Ehebruchs seiner Ehefrau zu begründen geeignet wären. Ein vager Vorwurf aber, wie der vorliegende, genügt zur Begründung fraglicher Einrede nicht, auch würde das Recht der Verteidigung bei Zulassung einer solchen Begründung der Einrede beeinträchtigt, da dieses Vorbringen der Klägerin weder eine genügende Handhabe, dessen Unrichtigkeit darzulegen, bietet, noch die Benennung von Beweismitteln zur Widerlegung desselben ermöglicht. Die in Frage stehende Kompensationseinrede kann daher schon wegen mangelnder thatsächlicher Begründung keine Berücksichtigung finden.

Ebensowenig entspricht das fragliche Einredevorbringen der Bestimmung des § 416 der C.P.O., wonach Gegenstand der Eideszuschiebung nur eine bestimmt zu bezeichnende Thatsache ist. Eine allgemeine Eideszuschiebung, wie die in Frage stehende, erscheint nur als ein Versuch, die Klägerin über Umstände auszuforschen, über welche Beklagter selbst eine bestimmte

Behauptung aufzustellen nicht vermag. Der Umstand, daß die den Gegenstand des Eides bildende Thatsache die Aufrechterhaltung der Ehe begründen soll, bedingt die Zulässigkeit dieses Eides (C.P.O. § 577), ist aber für die Frage, ob diese Thatsache genügend bestimmt bezeichnet ist, nicht von Bedeutung. Daß in der Praxis bei Schwängerungsprozessen zum Beweis der Einrede der mehreren Zuhälter (Gesetz vom 5. September 1839 Art. 29 Ziff. 1) und zur Verteidigung gegen die Klage einer Geschwächten auf Genugthuung (Gesetz cit. Art. 28 Eingang) ein allgemeiner Eidesantrag zugelassen wird, erklärt sich aus den besonderen Umständen dieser beiden Klagen. Mit den ausgeführten Grundsätzen stimmt auch die Praxis der Gerichte, insbesondere des Reichsgerichts überein [1]). Hienach mußte der der Klägerin über die Einrede der Kompensation des Ehebruchs zugeschobenen Eid ihrem Antrag entsprechend für unstatthaft erklärt und diese Einrede wegen mangelnder thatsächlicher Begründung verworfen werden.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 22. Februar 1895 in Sachen Eiß gegen Eiß.

29.

Voraussetzungen der Rückgabe der behufs vorläufiger Vollstreckung eines Urteils geleisteten Sicherheit vor eingetretener Rechtskraft des Urteils.

In der Rechtssache des R. S. gegen den Akrobaten F. K. und 3 Genossen ist am 5. Oktober 1894 gegen sämtliche vier Beklagte ein Versäumnisurteil ergangen, wodurch dieselben unter solidarischer Haftung zur Bezahlung von 1100 M. verurteilt und diese Entscheidung gegen eine vom Kläger zu leistende Kaution von 1200 M. für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde.

---

1) Seuffert, Arch. Bd. 11 nr. 99, Bd. 19 nr. 97, Bd. 41 nr. 240, Bd. 45 nr. 190, Bd. 46 nr. 64, 230 (Reichsgericht) Bd. 49 nr. 62. Jur. Wochenschr. von 1890 S. 42[5], von 1891 S. 528[9].

Die Kaution von 1200 M. ist vom Kläger geleistet und unter die landgerichtlichen Depositen aufgenommen worden.

Inzwischen ist das Urteil den 3 Beklagten: F. K. sen., L. K. und N. K. zugestellt und diesen gegenüber rechtskräftig geworden.

Dem Beklagten F. K. jun. konnte das Urteil bis jetzt nicht zugestellt werden.

Inzwischen hat der Kläger, nachdem er bei der Gerichtsschreiberei eine entsprechende Beschränkung der früher gegen sämtliche Beklagte erteilten Vollstreckungsklausel erwirkt hatte, wiederholt um Rückgabe der hinterlegten Kaution gebeten.

Dieser Antrag wurde von der Civilkammer insolange, als nicht auch gegenüber dem Mitbeklagten F. K. jun. die Rechtskraft des Urteils nachgewiesen sei, abgelehnt, indem die Civilkammer von der Erwägung ausging, daß im Falle der Rückgabe der Kaution der Kläger, welcher in seiner Urteilsausfertigung eine öffentliche Urkunde über erfolgte Leistung der Kaution in Händen habe, in der Lage wäre, das Urteil dem Mitbeklagten F. K. jun. gegenüber bei Betretung desselben ohne weiteres vollstrecken zu lassen, obwohl weder die Rechtskraft des Urteils eingetreten noch auch die bis zum Eintritt der Rechtskraft notwendige Sicherung durch Kautionsleistung vorhanden wäre.

Auf die gegen den Beschluß der Civilkammer seitens des N. S. erhobene Beschwerde hat das Oberlandesgericht beschlossen:

Die Civilkammer des Landgerichts wird angewiesen, die vom Kläger hinterlegte Sicherheitssumme von 1200 M. an R.A. N. (den Prozeßbevollmächtigten des Klägers N. S.) gegen Rückgabe des Depositenscheins und gegen Empfangsbescheinigung zurückzugeben

in Erwägung:

daß zwar die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eines gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteils vom Gerichtsschreiber auch vor Leistung der Sicherheit und nach Rückgabe derselben geschehen kann, da die Prüfung der Sicherheitsleistung vom Gesetz allein dem Gerichtsvollzieher über-

tragen ist (§§ 664, 672 Abs. 2 C.P.O. und Motive dazu), daß daher der Kläger auch nach Rückempfang der Sicherheit in der Lage wäre, eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Beklagten F. K. jun. zu erlangen und damit, solange er noch im Besitz einer öffentlichen Urkunde über die geleistete Sicherheit ist, bei möglicher Zustellung des Urteils unter Vorweis dieser öffentlichen Urkunde (und Zustellung einer Abschrift hievon an den Schuldner) auch gegen den F. K. jun. die Zwangsvollstreckung vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils und trotz Rückempfangs der Sicherheit zu betreiben;

daß jedoch unter der öffentlichen Urkunde über die geleistete Sicherheit nur die von einem hiezu zuständigen Beamten ausgestellte Urkunde zu verstehen ist (§§ 672 Abs. 2 vgl. 380. 383. 400 C.P.O.) und zur Bewirkung der Ausstellung des Zeugnisses über Hinterlegung einer Sicherheit bei dem Landgericht (des Depositenscheins) nach I Nr. 14 der prov. Depositen-Ordnung vom 30. Dezember 1822 [1]) und § 2 der Just.-Minist.-Verf. vom 4. März 1883 betreffend das Kassen- und Rechnungswesen [2]) nur der Verwalter der Depositenkasse, das ist der Revisor des Landgerichts — in der durch Nr. 14 cit. und durch die Beilage hiezu vorgeschriebenen Form — und nicht auch der Gerichtsschreiber zuständig ist, daß daher hier nicht auch die der vollstreckbaren Ausfertigung vom 31. Dezember 1894 beigefügte Bemerkung des Gerichtsschreibers über die Hinterlegung der Sicherheit eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 672 Abs. 2 C.P.O. darstellt;

daß sonach der Kläger, sobald er den ihm ausgestellten (für die Vollstreckung gegen die anderen Beklagten nach eingetretener Rechtskraft des Urteils gegenüber diesen nicht mehr benötigten) Depositenschein — in Urschrift — zurückgegeben hat, nicht mehr im Stande ist, dem Gerichtsvollzieher durch eine öffentliche Urkunde die Sicherheitsleistung nachzuweisen und damit gegen den F. K. jun. vor eingetretener Rechtskraft des Urteils die Zwangsvollstreckung zu betreiben, ganz abgesehen

1) Reyscher, Gesetzsammlung, Gerichtsgesetze IV 2. Abt. S. 1110.
2) Württ. Ger.-Blatt 21 S. 99.

von einer vorsorglichen Bemerkung des Gerichtsschreibers bei späterer Erteilung der Vollstreckbarkeit gegen F. K. jun., daß die am 31. Dezember 1894 geleistete Sicherheit zurückgegeben worden sei.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 20. Mai 1895 in der Beschwerdesache des Richard Sigerist in Mengen.

30.

Zu § 715 Ziffer 1 C.P.O.

Bei dem Beschwerdeführer wurde am 22. Januar 1895 unter anderem von drei größeren Betten und einem Kinderbett, die er in seinem Besitz hatte, ein größeres Bett gepfändet. Die Familie bestand damals aus dem Schuldner, dessen Ehefrau und einem Kind. Die Versteigerung der gepfändeten Fahrnis wurde aufgeschoben, weil die Ehefrau des Beschwerdeführers gegen den Pfändungsgläubiger Widerspruchsklage erhob, die indes abgewiesen wurde. Inzwischen wurde am 9. Juli 1895 dem Beschwerdeführer ein weiteres Kind geboren. Er beantragte nun Freigabe des gepfändeten Bettes gemäß § 715 Ziff. 1 C.P.O. als eines für seine Familie unentbehrlichen Gegenstandes. Das Amtsgericht erklärte hierauf die Pfändung des Bettes für unwirksam, die Civilkammer hob auf Beschwerde des Gläubigers diesen Beschluß auf und die Beschwerde des Schuldners gegen den Beschluß der Civilkammer ist zurückgewiesen worden

in Erwägung,

daß zur Zeit der Pfändung vom 22. Januar 1895 für die damals aus dem Schuldner, seiner Ehefrau und Einem Kinde bestehende Familie des erstern, bei deren Bestand das erst gegen sechs Monate später am 9. Juli 1895 geborene weitere Kind des Schuldners noch nicht zu berücksichtigen war, von den vorhandenen, in drei größeren und einem Kinderbette bestehenden Betten neben dem Kinderbette nur zwei größere Betten unent-

behrlich waren und der Pfändung nicht unterlagen, daß sonach das dritte größere Bett der Pfändung unterworfen war (C.P.O. § 715 Ziff. 1) und der Gläubiger durch deren Vollzug an demselben ein Pfandrecht erworben hat, welches dadurch, daß dasselbe noch in der Zeit vor der Vornahme der Versteigerung desselben für den Schuldner entbehrlich zu sein aufhörte, nicht erloschen ist, daß daher das Landgericht durch Beschluß vom 11. September mit Recht den amtsgerichtlichen, die Pfändung dieses Bettes für unwirksam erklärenden Beschluß vom 16. August 1895 wieder aufgehoben hat.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 4. Oktober 1895 in der Beschwerdesache des Friedrich Schilling von Stuttgart.

31.

Zur Auslegung des § 716 Absatz 2 C.P.O.

Ein Gerichtsvollzieher pfändete im Auftrag der M. K. bei E. B. Fahrnis und bares Geld, wobei der Schuldner E. B. sofort erklärte, beides gehöre seiner Ehefrau. Der Gerichtsvollzieher hinterlegte deshalb das Geld bei der gemeinderätlichen Depositenkasse in Stuttgart. Auf Antrag der Ehefrau des Schuldners E. B., die gegen M. K. Widerspruchsklage gemäß § 690 C.P.O. erhob, beschloß die Civilkammer Stuttgart Einstellung des Zwangsvollstreckungsverfahrens auch bezüglich des gepfändeten Geldes. Hiegegen beschwerte sich die Gläubigerin M. K., indem sie geltend machte: hinsichtlich des baren Geldes sei gemäß § 716 Abs. 2 C.P.O. die Zwangsvollstreckung beendigt, sobald der Gerichtsvollzieher das Geld an sich genommen habe und sei daher von diesem Zeitpunkt an kein Raum mehr für eine Einstellung der Zwangsvollstreckung. Die Beschwerde wurde verworfen.

Gründe:

Die Annahme, als sei mit der Wegnahme des gepfändeten Geldes durch den Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung

beendigt, kann nicht gebilligt werden. § 716 Abs. 2 sagt wie § 720 C.P.O. mehr nicht, als daß die Gefahr mit dem Augenblick der Wegnahme auf den Gläubiger übergehe und der Schuldner befreit sei, dagegen ist die Zwangsvollstreckung erst mit der Ablieferung des Geldes an den Gläubiger abgeschlossen und solange kann auch die Zwangsvollstreckung eingestellt werden [1]).

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 25. Februar 1895 in der Beschwerdesache der Marie Kohlhammer von Stuttgart.

32.

Zur Auslegung des § 14 Absatz 1 R.A.G.O.

Beklagter hatte in der Wohnung seines Schuldners Gegenstände im Wert von etwa 300 M. pfänden lassen. Klägerin, die Ehefrau des Schuldners, nahm die gepfändeten Sachen als ihr Eigentum in Anspruch und erhob am 17. November 1894 Widerspruchsklage gegen den Beklagten. Darauf erklärte dessen Prozeßbevollmächtigter zunächst brieflich am 21. November dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin: er gebe der Klage in der Hauptsache, nicht aber im Kostenpunkt statt, gebe die gepfändeten Sachen frei, verlange aber Ersatz der dem Beklagten erwachsenen Prozeßkosten. Dasselbe erklärte er in einem am 23. November dem Gegenanwalt zugestellten Schriftsatz. Bei der mündlichen Verhandlung beantragte jede Partei Verurteilung des Gegners in die Prozeßkosten, zu deren Tragung die Klägerin rechtskräftig verurteilt wurde [2]). In der Kostenrechnung des Anwalts des Beklagten war u. a. berechnet: „15. Novbr. Prozeßgebühr aus 200—300 M. —:· 10 M." Diese Anrechnung wurde vom Gegner auf Grund des § 14 Abs. 1 R.A.G.O. beanstandet, aber in zweiter Instanz für zulässig erklärt aus folgenden

1) s. außer Gaupp, Komm. II S. 439 Seuff., Archiv Bd. 49 S. 114, Bd. 50 S. 116.

2) Ob mit Recht, erscheint fraglich. Anm. der Red.

Gründen:

In Erwägung, daß eine rechtshängig gewordene Streitsache durch Anerkenntnis seitens der beklagten Partei erst dann erledigt ist, wenn dieses Anerkenntnis in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht, ohne daß von der Gegenpartei auf Grund des Anerkenntnisses Verurteilung beantragt wird, erklärt worden ist (C.P.O. § 146 Abs. 2 Ziff. 1 und § 278), daß daher die Streitsache der Parteien weder durch die außergerichtliche, vom Anwalt der Beklagten dem der Klägerin unterm 21. Novbr. 1894 gemachte Mitteilung, Beklagter gebe der Klage in der Hauptsache unter Freigebung der gepfändeten Fahrnis statt und verlange Verurteilung der Klägerin in die Prozeßkosten, noch durch den vom Anwalte der Beklagten dem gegnerischen Anwalte am 23. November zugestellten vorbereitenden Schriftsatz gleichen Inhalts in der Hauptsache ihre Erledigung gefunden hat, daß hienach, selbst wenn man mit der Civilkammer annehmen will, die in § 14 Abs. 1 der Gebühren-Ordnung für Rechtsanwälte vorgesehene Ermäßigung der dem Rechtsanwalt zustehenden Prozeßgebühr auf die Hälfte trete schon ein, falls der Auftrag desselben sich vor der mündlichen Verhandlung und vor der Bewerkstelligung der Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner *auch nur in der Hauptsache* erledige, dieses Erfordernis der Ermäßigung der Prozeßgebühr im vorliegenden Falle darum nicht zutrifft, weil die Hauptsache mit der eben angeführten Mitteilung des Anwalts des Beklagten vom 21. Nov. und der Zustellung des bezeichneten Schriftsatzes noch nicht erledigt war, und demgemäß die Erledigung des Auftrags des Anwalts des Beklagten nicht einmal bezüglich der Hauptsache vor der mündlichen Verhandlung und vor der von ihm bewirkten Zustellung des ebenbezeichneten, nicht bloß den Kostenpunkt betreffenden Schriftsatzes stattgefunden hatte.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 2. April 1895 in Sachen Häußler gegen Förster.

33.

Berechnung der Vergleichsgebühr, wenn der Vergleich über einen nur teilweise bei Gericht anhängigen Anspruch geschlossen worden ist?

Kläger klagte im Vorprozeß aus einem Kauf auf Bezahlung einer Angebotsrate von 1500 M. Unter Mitwirkung der Anwälte schlossen die Parteien einen außergerichtlichen Vergleich, wodurch der ganze Kaufvertrag aufgehoben wurde. Hiebei war vereinbart, daß der Beklagte die Kosten des Anwalts des Klägers tragen solle. Der Anwalt des Klägers berechnete nun eine Vergleichsgebühr gemäß § 13 Ziff. 3 R.A.G.O. aus dem ganzen Kaufschilling von 16000 M.; der Gegner verweigerte Bezahlung und so kam es zur Klage aus dem Vergleich. Die Anrechnung der Vergleichsgebühr in der berechneten Höhe wurde für unzulässig erklärt aus folgenden

Gründen:

Die Anrechnung einer Vergleichsgebühr nach § 13 Ziff. 3 der R.A.G.O. setzt, wie schon der Wortlaut des Gesetzes („zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossener Vergleich") andeutet, einen anhängigen Klaganspruch (in dem besonderen Fall des § 37 Abs. 3 daselbst ein unter der Mitwirkung des Rechtsanwalts vor sich gehendes amtsgerichtliches Sühneverfahren über einen bestimmten Anspruch) voraus, während für die Belohnung der Thätigkeit des Anwalts zum Zweck eines ihm aufgetragenen Vergleichsabschlusses über einen nicht rechtshängigen Anspruch bezw. außerhalb eines gerichtlichen Sühneverfahrens die Reichsgebührenordnung für Rechtsanwälte nichts vorsieht und ihre analoge Anwendung nach der allgemeinen Bestimmung in § 1 und der speziellen Normierung der Fälle einer entsprechenden Anwendung in § 91 daselbst als ausgeschlossen zu betrachten ist, wonach die bezüglichen Vorschriften der Landesgesetze ergänzend einzutreten haben. Wenn daher im vorliegenden Fall der mit der Einklagung der fälligen Angeldsrate beauftragte Anwalt des Klägers den Rechtsstreit in diesem Umfang anhängig

gemacht und in der Folge einen diesen Rechtsstreit erledigenden Vergleich abgeschlossen hat, so ist für die nach der R.A.G.O. zu berechnende Vergleichsgebühr die Höhe des bezeichneten Streitobjekts maßgebend, während die Thatsache, daß gleichzeitig das ganze dem Klaganspruch zu Grund liegende Vertragsverhältnis im Weg einer Uebereinkunft, welcher die Natur eines Vergleichs im materiellrechtlichen Sinn zukommt, aufgehoben worden ist, nur unter dem Gesichtspunkt einer Mitwirkung des Anwalts bei außergerichtlichen Verhandlungen im Sinne des § 43 der K. Verord. vom 29. Januar 1869 (Reg.-Bl. S. 49, vgl. auch die Motive zu dem betreffenden § des G.Entw.) einen Gebührenanspruch zu begründen geeignet ist[1]).

Da aber die vergleichsweise Erledigung des Klaganspruchs und diejenige des ganzen Vertragsverhältnisses, wie in Ermangelung einer anderweitigen Behauptung angenommen werden muß, durch einen und denselben Akt erfolgte, so liegt ein Fall des § 92 des R.A.G.O. für Rechtsanwälte vor, wonach bei einer Thätigkeit des Rechtsanwalts, für welche ihm eine Vergütung nach der R.A.G.O. zusteht und welche zugleich in den Kreis derjenigen Angelegenheiten, in welchen die Vergütung durch landesgesetzliche Vorschrift geregelt ist, fällt, insoweit die Anwendung beider Vorschriften zu einer zweifachen Vergütung derselben Thätigkeit führen würde, nur die eine derselben und zwar die dem Rechtsanwalt günstigere zur Anwendung kommt. Da die nach Landesgesetz (V.O. vom 29. Jan. 1869 vgl. mit der K. V.O. vom 30. April 1875) begründete Vergütung hinter der aus § 13 Ziff. 3 der R.A.G.O. für Rechtsanwälte sich ergebenden Vergleichsgebühr (aus 1500 M.) erheblich zurückbleibt, so ist der Anwalt und ersatzberechtigte Kläger durch die Zubilligung des Betrags der letzteren und den Abstrich der weiter berechneten 44 M. nicht beschwert.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. März 1895 in Sachen Löffler gegen Schmid.

1) Vgl. Württ. Ger.-Blatt Bd. 21 S. 380 ff. Siehe jetzt auch R.G. 36 nr. 103. Anm. der Red.

34.

Umfang der Anfechtung einer Pfändung, die wegen einer von einem Ehemann und seiner Frau je zur Hälfte zu bezahlenden Forderung, gegen beide Eheleute in Errungenschaftsvermögen vorgenommen worden ist, seitens des Verwalters im Konkurs des Ehemanns?

Auf die Klage des Beklagten C. hat die Civilkammer Tübingen am 17. Mai 1893 durch Versäumnisurteil erkannt: „die Beklagten“ — der Gerber J. W. in A. und dessen Ehefrau — „werden verurteilt, unter Haftung je für die Hälfte dem Kläger 1200 M. (nebst Zinsen) zu bezahlen.“ Dieses Urteil ist rechtskräftig geworden. Die Klage war gestützt auf einen Schuldschein vom 16. Juni 1884, laut dessen W. und seine Frau unterschriftlich bekannt haben, von C. zu ihrem gemeinschaftlichen ehelichen Nutzen ein Anlehen von 1200 M. aufgenommen zu haben. Auf Grund einer Pfändung vom 19. Juli 1893 und darauf folgenden Pfandverkaufs erlangte Beklagter Befriedigung für seine Forderung. Am 11. Januar 1894 ist über das Vermögen des W. das Konkursverfahren eröffnet worden, in dem dessen Ehefrau am 30. Januar 1894 die weiblichen Freiheiten mit Erfolg angerufen hat. Der Konkursverwalter hat die Pfändung vom 19. Juli 1893 auf Grund der §§ 23 Abs. 1 und 2, 24 K.O. angefochten und Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung der erhaltenen 1301 M. an die Konkursmasse beantragt. Die Klage machte dabei geltend: auch soweit die Pfändung sich auf den der Ehefrau W. gehörigen Anteil an der Errungenschaft erstreckt habe, sei durch die Pfändung etwas dem Vermögen des Gemeinschuldners entzogen worden; die Zwangsvollstreckung sei bezüglich der ganzen Forderung des Beklagten gegen den Ehemann W. gerichtet gewesen; dessen Verpflichtung, die Zwangsvollstreckung in die seiner Frau gehörige Errungenschaftshälfte zu dulden, sei eine obligatorische Verbindlichkeit W.'s gegenüber dem Beklagten gewesen, Beklagter habe daher auch bezüglich

der Schuldhälfte der Ehefrau Befriedigung als Konkursgläubiger W.'s erhalten. Der Anspruch auf Anfechtung der dem Beklagten für die Schuldhälfte der Frau W. zu Teil gewordenen Befriedigung könne unmöglich in Folge davon für die Sozialgläubiger wegfallen, daß die Ehefrau die weiblichen Freiheiten angerufen habe, wie dies der Fall wäre, wenn die angefochtene Entscheidung richtig wäre.

Beklagter hat diese Ausführungen bekämpft und insbesondere betont, daß er für die Schuldhälfte der Frau W. nicht als (Konkurs-)Gläubiger des Ehemanns befriedigt worden sei. Die Anfechtungsklage ist in beiden Instanzen nur in Betreff der Hälfte der geforderten Summe für begründet erachtet worden, in zweiter Instanz aus folgenden

Gründen:

Beklagter hat hienach (nach den nicht abgedruckten Ausführungen darüber, daß die Pfändung vom 19. Juli 1893 aus § 23 Ziff. 2 K.O. anfechtbar sei) zurückzuerstatten, was er auf Grund derselben als (Konkurs-)Gläubiger W.'s aus dessen Vermögen erhalten hatte. Also jedenfalls die Hälfte der empfangenen 1301 M.

Was aber die weiteren 650 M. 50 Pf. betrifft, so steht fest, daß Beklagter einen vollstreckbaren Titel gegen W. und dessen Ehefrau erlangt hat, wodurch dieselben „unter Haftung je für die Hälfte" dem Beklagten 1200 M. nebst Zinsen und Kosten zu bezahlen verurteilt waren, daß auf Grund dieses Titels der Gerichtsvollzieher Pfändung „wider J. W. und dessen Ehefrau" vorgenommen und dabei Sachen gepfändet hat, die zur ehelichen Errungenschaft gehört haben.

Sieht man nun auf die Zeit der Pfändung, so ist Beklagter als Konkursgläubiger d. h. als Gläubiger des späteren Gemeinschuldners W., der ohne die erfolgte Befriedigung seine Forderung als Konkursgläubiger hätte geltend machen müssen, offensichtlich nur bezüglich der Hälfte seiner Forderung befriedigt worden; denn nur für die Hälfte der eingeklagten Forderung hatte das Versäumnisurteil der Civilkammer den Ehemann W. für haftbar erklärt. Für die andere

Hälfte seiner Forderung dagegen hat Beklagter als Gläubiger der Ehefrau W. Befriedigung erhalten, somit nicht als Konkursgläubiger des J. W., und insoweit ist daher eine Anfechtung der Pfändung aus § 23 Ziff. 2 K.O. ausgeschlossen, die nur in betreff einer einem (Konkurs-)Gläubiger des Gemeinschuldners gewährten Sicherung oder Befriedigung möglich ist. Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, daß die Frau W. im Konkurs ihres Ehemanns die weiblichen Freiheiten mit Erfolg angerufen hat: dadurch kann die dem Beklagten als Gläubiger der Ehefrau gewordene Befriedigung nicht nachträglich zu einer ihm als Gläubiger des Ehemanns gewordenen, die (getilgte) Schuld der Ehefrau nicht nachträglich, nach ihrer Tilgung, zu einer Schuld des Ehemanns werden; hierin läge eine Zurückbeziehung der Folgen der Anrufung der weiblichen Freiheiten, gegen die sich die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts im Anschluß an die neuere württ. Doktrin mit Grund ausgesprochen hat. In ihrer Eigenschaft als frühere Gläubiger der Ehefrau aber können die am Konkurs des W. beteiligten Errungenschaftsgläubiger die fragliche Pfändung deshalb auf Grund des § 23 Ziff. 2 K.O. nicht anfechten, weil über das Vermögen der Ehefrau kein Konkurs eröffnet worden ist. Hätte übrigens die Frau W. am 30. Januar 1894, statt die weiblichen Freiheiten anzurufen, erklärt, sie bleibe in der Errungenschaftsgesellschaft, und wäre demzufolge auch über ihr Vermögen der Konkurs eröffnet worden, so hätte doch die wegen ihrer Schuldhälfte erfolgte Pfändung auf Grund des § 23 Ziff. 2 K.O. zufolge der Bestimmung des § 26 K.O. nicht mehr angefochten werden können.

Verfehlt ist es, wenn die Berufung auszuführen sucht, Beklagter habe, auch soweit er für seine Forderung gegen die Frau des J. W. befriedigt worden sei, insofern als Konkursgläubiger des Ehemanns Befriedigung erhalten, als sein Anspruch gegen W. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehefrau durch W. eine Forderung gegen den Ehemann gewesen sei. Denn welcher Natur auch dieser Anspruch sein mag, jedenfalls ist er gegen den Ehe-

mann in seiner Eigenschaft als Nutznießer und Verwalter fremden Vermögens (des Vermögens der Ehefrau) gerichtet und daher keine Forderung eines Konkursgläubigers, d. h. keine Forderung, die im Konkurs anzumelden wäre und bezüglich deren der Gläubiger aus der Masse Befriedigung zu suchen hätte.

Die Berufung der Klägerin stellt sich nach dem Ausgeführten als unbegründet dar. Wenn die praktischen Folgen dieser Entscheidung unbefriedigend sein mögen, so liegt der Grund hievon eben darin, daß das partikularrechtliche Institut der weiblichen Freiheiten sich mit den Bestimmungen der Reichs-Konkurs-Ordnung nicht überall in harmonischen Einklang bringen läßt [1]).

Urteil des I. Civilsenats vom 31. Dezember 1895 in Sachen Welker'sche Konkursmasse gegen Calmbach.

1) Die Frage, ob Beklagter für seine Forderung an die Frau W. durch die Pfändung Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners (§ 30 K.O.) erhalten hat, ob die ganze Errungenschaft als Vermögen des Ehemanns zu gelten hat (vgl. dar. Gaupp zu § 690 C.P.O. II 1. Bd. 2 S. 375 ff., Anhang II S. 53), war hienach nicht zu entscheiden. — Bei der Beratung wurde von einer Seite die Ansicht vertreten: mit Anrufung der weiblichen Freiheiten seitens der Frau W. sei auch der als zu ihrem Vermögen gehörig anzusehende Anspruch auf Rückgabe des zufolge der Pfändung aus ihrer Errungenschaftshälfte Weggegebenen an die Masse des Manns übergegangen und es könnte nun dieser Anfechtungsanspruch von den Gläubigern der Frau, die Konkursgläubiger des Manns geworden seien, geltend gemacht werden (da die Gläubiger der Frau ihren Anfechtungsanspruch gegen den Beklagten nicht dadurch verloren haben können, daß die Frau W. die weiblichen Freiheiten angerufen habe), wenn nicht die Pfändung mehr als ein halbes Jahr vor der am 30. Januar 1894 erfolgten Anrufung der weiblichen Freiheiten (s. § 26 K.O.) erfolgt wäre. Die Mehrheit vermochte aber diese Auffassung nicht zu teilen; es wurde namentlich geltend gemacht: eine Anfechtung der Pfändung von Seiten der Gläubiger der Frau W. in Gemäßheit der Konkursordnung würde die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Frau W. voraussetzen; eine solche sei aber nicht erfolgt und die Anrufung der weiblichen Freiheiten könne einer Konkurseröffnung nicht gleichgestellt werden. Anm. d. E.

35.

Kann eine gegen den Beklagten als Pfleger eines Minderjährigen erhobene Klage nachträglich gegen ihn ohne Ansehen seiner Eigenschaft als Pfleger gerichtet werden?

Kläger hat im Rubrum der dem Beklagten zugestellten Klagschrift als Beklagten bezeichnet: „J. G. H—, als Pfleger der minderjährigen C. H.“ In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erklärte aber der Kläger, daß die Klage sich gegen den Beklagten ganz ohne Ansehen seiner Eigenschaft als Pfleger richte, der Beklagte (d. h. J. G. H.) und nicht das von demselben vertretene Kind sei hienach Prozeßpartei.

Der Beklagte bat um Abweisung der Klage, indem er vortrug: die Passivlegitimation werde bestritten, der Kläger vermöge nicht die Thatsache zu beseitigen, daß die Klage gegen den Beklagten als Pfleger erhoben worden sei, und könne, ohne eine unzulässige Klageänderung vorzunehmen, nicht an die Stelle des ursprünglichen Beklagten einen andern setzen.

Die Klage ist abgewiesen und die Berufung des Klägers aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen worden:

Nach § 230 Ziff. 1 C.P.O. ist die Bezeichnung der Parteien in der Klagschrift ein wesentliches Erfordernis der Klagerhebung. Enthält daher die Klagschrift nicht die Bezeichnung der Partei, gegen welche die Klage erhoben wird, so ist, wenn der Beklagte in der auf die Klagerhebung anberaumten mündlichen Verhandlung den Mangel der Klagschrift rügt, die Klage wegen nicht ordnungsmäßiger Klagerhebung angebrachter Maßen abzuweisen, wogegen im Fall der Unterlassung jener Rüge angenommen wird, daß der Beklagte auf die Geltendmachung der Verletzung jener Prozeßvorschrift verzichte [1]).

Im vorliegenden Fall ist in dem Rubrum der Klagschrift

1) Entsch. des R.G. XIII 236 f., XXII 420. Jahrbücher für württ. Rechtspflege V 307. Gaupp, C.P.O. 2. A. I 436.

J. G. H. in S. „als Pfleger der Chr. H. in St.“ als Beklagter bezeichnet. Dagegen hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung erster Instanz erklärt, daß die Klage nicht gegen die von J. G. H. vertretene Chr. H., sondern gegen diesen selbst gerichtet werde.

Wenn der Kläger meint, es könne die Klage gegen J. G. H. als Pfleger der Ch. H., ohne daß letztere belangt werde, gerichtet werden, so ist dies nicht richtig. Denn da J. G. H. nur 2 Persönlichkeiten, nämlich seine eigene und die seines Pfleglings, der Ch. H., nicht aber eine dritte in seiner Eigenschaft als Pfleger der letztern repräsentiert, so kann er auch nur entweder in eigenem Namen oder aber im Namen der Ch. H. verklagt werden, in welch letzterm Fall diese, gesetzlich vertreten durch ihren Pfleger, die beklagte Partei ist.

Wenn daher der Kläger erklärt hat, daß J. G. H. als Pfleger der Chr. H., aber nicht diese, vertreten durch ihren Pfleger, belangt werde, so kann die Klage nur als gegen J. G. H. in eigenem Namen gerichtet angesehen werden. Diese Klage ist aber nicht ordnungsmäßig erhoben, weil in der Klagschrift J. G. H. als Pfleger der Chr. H. als Beklagter bezeichnet worden ist. Diesen Mangel der Klagerhebung hat der Beklagte auch in der auf dieselbe anberaumten mündlichen Verhandlung gerügt, indem er geltend gemacht hat, der Kläger vermöge die Thatsache nicht zu beseitigen, daß die Klage gegen ihn als Pfleger erhoben worden sei. Der Umstand, daß der Beklagte an dieses Vorbringen nicht den Antrag geknüpft hat, die Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung oder als nicht ordnungsmäßig erhoben, angebrachter Maßen abzuweisen, macht den Beklagten nicht des Rechts aus jener Rüge verlustig, da dieser Antrag in dem Antrag auf Klagabweisung enthalten ist [1]).

Die Klage ist daher vom vorigen Richter wegen Mangels ordnungsmäßiger Klagerhebung mit Recht abgewiesen worden. Wollte man aber je annehmen, daß der Kläger seine gegen J. G. H. als Pfleger der Chr. H. gerichtete Klage in zweiter In-

1) Entscheidungen des R.G. XIII 338.

stanz auch gegen die letztere anzustellen beabsichtige, so würde hiemit, nachdem der Kläger in erster Instanz ausdrücklich erklärt hat, daß die Ch. H. nicht von ihm belangt werde, eine neue Klage erhoben, was nach § 491 Abs. 2 C.P.O. unzulässig ist.

Urteil des II. Civilsenats vom 12. Dezember 1895 in Sachen Eder gegen Haug.

36.

Klagänderung, wenn der Anspruch auf Bezahlung einer Vertragsstrafe in zweiter Instanz auf Verletzung einer andern Vertragsbestimmung gestützt wird, als der in erster Instanz bezeichneten?

Nach § 1 des Vertrags der Parteien hat Kläger dem Beklagten gegenüber sich verpflichtet, seine sämtlichen Artikel ausschließlich für Rechnung des Beklagten zu fabrizieren. Nach § 12 des Vertrags „hat bei Verstößen der verletzende Teil dem andern eine Konventionalstrafe von 3000 M. zu bezahlen und ist dieser außerdem noch berechtigt, den Vertrag aufzulösen." Kläger hat wegen einer angeblichen Vertragsverletzung seitens des Beklagten von diesem die Vertragsstrafe gefordert, und Feststellung, daß der Vertrag aufgelöst sei, beantragt. Beklagter hat Klagabweisung und widerklagend Verurteilung des Klägers zur Bezahlung der Vertragsstrafe beantragt. Die Widerklage hat er in erster Instanz darauf gestützt, daß Kläger grundlos vom Vertrag zurückgetreten sei, in zweiter Instanz auf die neu aufgestellte Behauptung, Kläger habe vertragswidrig hinter dem Rücken des Beklagten an frühere Kunden geliefert. In dieser Beziehung sagen die

Gründe:

Soweit die Widerklage darauf gestützt wird, daß Kläger vertragswidrig schon im April 1894 früheren Kunden Waren geliefert habe, ist sie unzulässig. Denn diese Behauptung ist erst in zweiter Instanz aufgestellt worden und der so begründete Anspruch auf die Vertragsstrafe ist ein neuer Anspruch, dessen

Geltendmachung im Weg der Widerklage durch § 491 Abs. 2 C.P.O. ausgeschlossen ist. Allerdings hat Beklagter schon in erster Instanz widerklagend die Konventionalstrafe von 3000 M. gefordert und auch jetzt verlangt er nur einmalige Bezahlung derselben, nicht wegen der zwei nunmehr von ihm geltend gemachten Vertragsverletzungen des Klägers zweimal 3000 M. Aber auch wenn man annimmt, die Vertragsstrafe könne nur einmal gefordert werden, ist doch der Anspruch des Widerklägers auf Bezahlung der 3000 M., so wie er in zweiter Instanz begründet worden ist, ein „neuer Anspruch" gegenüber der auf das gleiche Ergebnis gerichteten Forderung, die in erster Instanz aufgestellt war. Denn ein Anspruch auf die Konventionalstrafe, gestützt auf Verletzung des § 1 des Vertrags — darauf, daß Kläger vertragswidrig an frühere Kunden geliefert habe —, ist ein anderer als der auf Verletzung des § 12 des Vertrags — darauf, daß Kläger sich vorzeitig und rechtswidrig vom Vertrag losgesagt habe — gegründete; die Probe hiefür ist, daß dem in ersterer Weise begründeten Anspruch die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegenstünde, auch wenn der auf Verletzung des § 12 des Vertrags gestützte Anspruch rechtskräftig abgewiesen wäre.

Urteil des I. Civilsenats vom 1. November 1895 in Sachen Heller gegen Bluthardt.

II.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

2.

Ist das unerlaubte Anbieten auswärtiger Lose in Württemberg an verschiedene Personen als eine einzige Uebertretung zu behandeln, wenn dasselbe auf einen einheitlichen Entschluß zurückzuführen ist[1])?

Diese Frage ist dem Strafsenat des Oberlandesgerichts in letzter Zeit wiederholt zur Entscheidung vorgelegen und zwar am 29. Januar 1896 in der Strafsache gegen H. B. von Bremen und am 12. Februar 1896 in den Strafsachen gegen A. K. von Schwerin und gegen J. N. von Hamburg. In allen 3 Fällen war von den Revisionen gegen die Urteile der II. Instanz, welche eine Mehrheit von Uebertretungen angenommen hatten, Verstoß gegen die Grundsätze über ideales und reales Zusammentreffen strafbarer Handlungen geltend gemacht. Die hierauf gestützten Revisionen wurden jedoch in sämtlichen Fällen als unbegründet verworfen, und zwar im Falle gegen J. N. von Hamburg aus folgenden

Gründen:

Das angefochtene Berufungsurteil hat dem Angeklagten wegen 2 am 5. Juni vor. Js. gegenüber von 2 Stuttgarter Einwohnern verübter Uebertretungen im Sinne des Art. 7

1) Zu vgl. Jahrbücher Bd. IV S. 75, S. 108.

Ziff. 3 des württ. Polizei-Strafgesetzes vom 27. Dezember 1871 je eine Geldstrafe von 25 M. (eventuell 5 Tage Haft) — gleich einer Gesamtstrafe von 50 M., (eventuell 10 Tage Haft) — zuerkannt. Dem Urteil liegt die Annahme eines realen Zusammentreffens dieser Uebertretungen und die Anwendung der §§ 78 in Verbindung mit 74 des St.G.Bs. nebst Art. 1 des obenerwähnten Polizeistrafgesetzes zu Grunde, obgleich diese gesetzlichen Bestimmungen im Urteil keine ausdrückliche Erwähnung gefunden haben.

Von der Revision wird nun gerügt, daß die Annahme der Selbständigkeit der abgeurteilten Uebertretungen eine rechtsirrige sei, daß dieselben vielmehr sowohl unter sich als im Verhältnis zu einer durch rechtskräftigen Strafbefehl des Amtsgerichts G. vom 28. Juni v. Js. mit einer Geldstrafe von 30 M. belegten Uebertretung gleicher Art als eine einzige Handlung zu betrachten gewesen wären, wornach ihrer nunmehrigen Bestrafung der Grundsatz ne bis in idem entgegenstehe[1]).

Diese Rüge, deren Zulässigkeit vermöge ihrer materiellrechtlichen Natur nicht zu bezweifeln ist, erscheint nicht als begründet. Der Berufungsrichter stellt fest, daß die mit Strafe belegten unerlaubten Losanerbietungen den 2 Adressaten in besondern Postsendungen zugegangen sind. Dabei wird anerkannt, daß sowohl diese als viele andere verbotene Losanerbietungen — darunter insbesondere diejenige, welche den obenerwähnten Strafbefehl vom 28. Juni v. Js. zur Folge gehabt hat, von dem Comptoirpersonal des Angeklagten in Gemäßheit einer von diesem erteilten allgemeinen Weisung versendet worden sind; auch wird die Gewerbsmäßigkeit des Treibens, auf welches sich der Angeklagte zu seinem Vorteile berufen zu können meint, in dem angefochtenen Urteil keineswegs verneint.

Gleichwohl ist ein Rechtsirrtum in dem Urteil nicht zu finden.

1) Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist übrigens ein bloßer Strafbefehl nur in sehr beschränktem Umfang geeignet, die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem zu begründen. Entscheid. in Strafsachen Bd. 4 S. 244, Bd. 9 S. 321, Bd. 14 S. 359, Bd. 15 S. 112, vgl. m. Bd. 28 S. 83.

Zuvörderst kann es nicht als rechtsirrig bezeichnet werden, wenn der Berufungsrichter die verschiedenen Thätigkeiten, welche das Comptoirpersonal des Angeklagten auf Weisung desselben behufs Versendung der Anerbieten an die einzelnen Personen zu entwickeln hatte, gerade so beurteilt hat, als ob sie der Angeklagte selbst vorgenommen hätte — und zwar dies um so weniger, als derselbe jederzeit in der Lage war, diese Weisung einzuschränken oder zurückzunehmen und dadurch unwirksam zu machen. Diese Weisung kommt allerdings insoferne in Betracht, als sie darthut, daß der Wille des Angeklagten von vornherein auf Versendung von Losanerbieten an eine Mehrzahl von Personen gerichtet war. Allein dieser Umstand nötigte den Richter noch nicht, die zur Ausführung dieser Absicht unternommenen Einzelhandlungen in eine rechtliche Einheit zusammenzufassen; es kam vielmehr darauf an, zu beurteilen, wie sich die in der württembergischen Polizeistrafgesetzgebung begründete Natur des vorliegenden Delikts zu einer solchen Zusammenfassung verhält.

In dieser Beziehung ist nun nicht zu verkennen, daß das württembergische Strafrecht vor Einführung des deutschen Strafgesetzbuchs nicht nur den Absatz auswärtiger Lose, sondern auch die unerlaubte Veranstaltung von Lotterien in Württemberg selbst mit großer Milde behandelte, indem es letztere nur mit einer Geldstrafe bis zu 25 fl., (nach anderer Meinung überhaupt nicht) bedrohte, und indem es den „Kollektanten für ausländische Güter- und Klassenlotterien, für Zahlenlotto und ähnliche auf den bloßen Glücksfall ausgesetzte Spielunternehmungen" nur eine Geldstrafe von 10 bis 50 fl. oder Arrest bis zu 4 Wochen androhte, wobei auf die Zahl der einzelnen Uebertretungen offenbar kein Gewicht gelegt wurde [1]).

Als aber mit Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs — gemäß § 286 desselben — auch in Württemberg für die uner-

1) Württ. Pol.Strf.Ges. vom 2. Oktober 1839 Art. 82 Abs. 2 u. 4 vgl. mit Art. 81 und Art. 83 l. Abs. Sitzung der Kammer der Abg. vom 4. V. 1839 S. 64 f. Kommiss.-Bericht der Abg. zu Art. 80 S. 638 des 2. Beil.-Hefts von 1839. Knapp, Komm. zum Pol.Strf.Ges. von 1839 (2. Aufl.) S. 122.

laubte Veranstaltung von Lotterien innerhalb des Landes an die Stelle des früheren milden Rechts eine Gefängnisstrafe bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe bis zu 3000 M. trat, mußte es nahe liegen, auch für den Verschluß auswärtiger in Württemberg nicht zugelassener Lose auf dem Boden des Landespolizeistrafrechts, den man allerdings nicht verlassen wollte [1]), ein Strafe von entsprechender Wirksamkeit festzusetzen. So ist der Art. 7 Ziff. 3 des Polizeistrafgesetzes zu Stande gekommen, welcher nach der ausdrücklichen Erklärung der Motive [2]): in Bezug auf den Verschluß auswärtiger Lose eine Ergänzung des § 286 des St.G.B. bilden sollte, sofern auf Grund des letzteren gegen den auswärtigen Veranstalter der Lotterie nicht eingeschritten werden konnte. Dieser Aufgabe würde aber der Art. 7, da er nur eine Uebertretungsstrafe androht, nur sehr wenig genügen, wenn derselbe mit dieser Strafe nur den unerlaubten Geschäftsbetrieb als solchen, ohne Rücksicht auf die Zahl der angebotenen Lose und namentlich ohne Rücksicht auf die Zahl der durch solche Anerbietungen in ihren ökonomischen Interessen gefährdeten Personen, hätte treffen wollen. Für eine solche Auslegung bietet denn auch der Wortlaut des Gesetzes keine Stütze. Derselbe weicht namentlich auch von der früheren württembergischen Strafbestimmung gegen die „Kollektanten" wesentlich ab. Von der preußischen Landesgesetzgebung, auf welche die Revision hinweist, unterscheidet er sich aber nicht nur ebenfalls durch den Wortlaut, sondern auch durch die große Verschiedenheit des Strafrahmens. Die auf Grund der letzteren ergangenen reichsgerichtlichen Entscheidungen können daher für das württembergische Polizeistrafrecht nicht so, wie die Revision will, verwertet werden. Vom Standpunkt des letzteren aus läßt sich nicht annehmen, daß dem Gesetzgeber die Zahl der einzelnen Uebertretungen als gleichgiltig erschienen sei, wie das z. B. dann der Fall ist, wenn ein Gesetz die gewerbsmäßige Verübung eines Delikts mit besonderer Strafe bedroht,

1) Zu vgl. insbes. Komm.-Bericht der Kammer der Abg. 1870–72 I. Beilagenband 1. Abt. S. 497.

2) I. Beilagenband 1. Abt. S. 331.

vielmehr ist es von diesem Standpunkt aus wesentlich die Aufgabe des Richters, nach den Umständen des einzelnen Falls zu beurteilen, ob es im Sinne des Gesetzes gelegen sei, die an sich vorhandene Mehrheit von Zuwiderhandlungen in eine Einheit zusammenzufassen. Wenn der Berufungsrichter im gegebenen Fall trotz der Einheitlichkeit des Entschlusses und trotz zugegebener Plan- und Gewerbsmäßigkeit eine solche Einheit nicht angenommen hat, so kann hierin eine Verletzung der strafrechtlichen Grundsätze und Vorschriften über einthätigen und mehrthätigen Zusammenfluß nicht erblickt werden. —

In der später angefallenen Strafsache gegen R. H. in Schwerin wurde das auf die Annahme einheitlichen Zusammentreffens gestützte Urteil II. Instanz durch Revisionsurteil des Strafsenats vom 10. Juni 1896 aufgehoben, unter folgender

Begründung:

Die auf Verletzung materiellrechtlicher Formen, nämlich des Art. 7 Ziff. 3 des württ. Polizeistrafgesetzes vom 27. Dezember 1871 und der §§ 74 und 78 des St.G.B. gestützte Revision der K. Staatsanwaltschaft mußte für begründet erachtet werden.

Das angefochtene Berufungsurteil hat es abgelehnt, den Angeklagten wegen eines im Oktober 1895 erfolgten unerlaubten Losanerbietens an den Bäcker Wachter in Ravensburg zu bestrafen, weil dasselbe im Verhältnis zu einem am 15. Oktober 1895 an den Landjäger Schmidle in Ludwigsburg erfolgten Losanerbieten als eine Handlung anzusehen und daher die Bestrafung des ersteren durch die am 30. Oktober 1895 wegen des letzteren erlassene Strafverfügung des K. Oberamts Ludwigsburg — nach dem Grundsatz ne bis in idem — ausgeschlossen sei.

Diese Annahme ist von Rechtsirrtum beeinflußt.

Aus dem Urteil geht zunächst soviel hervor, daß dasselbe zwischen beiden Anerbietungen nicht etwa eine natürliche (physische) Einheit angenommen hat, wie sie z. B. vorliegen könnte, wenn der Angeklagte in einer Zeitungsannonce dem Publikum

als solchem Lose angeboten hätte. Dem Urteil liegt vielmehr, wenn es auch nicht in allen Einzelheiten zum Ausdruck gekommen ist, die Auffassung zu Grunde, daß der Angeklagte, sei es selbst, sei es durch einen Angestellten seines Geschäfts, im Oktober v. J. für den Bäcker Wachter in Ravensburg den Prospekt einer in Württemberg nicht zugelassenen Lotterie nebst Entwurf eines Losbestellzettels in einen Briefumschlag verbracht, letzteren mit der Adresse des Wachter versehen und die Sendung auf die Post gegeben hat, durch welche sie auch dem Wachter zugekommen ist. In gleicher Weise ist, vielleicht zu derselben Zeit, mit der Sendung an Schmidle in Ludwigsburg verfahren worden. Beides geschah, obgleich der Angeklagte wußte, daß das Anbieten der betreffenden Lose in Württemberg verboten sei. Es liegen somit nach der Feststellung des Berufungsgerichts faktisch zwei Handlungen vor, deren jede an sich den Thatbestand des Art. 7 Ziff. 3 des zitierten Polizeistrafgesetzes erfüllte.

Wollte nun das Gericht diese zwei Handlungen gleichwohl als eine einzige Uebertretung bestraft wissen, so konnte dies nur durch Annahme einer rechtlichen Einheit geschehen. In dieser Richtung erweisen sich aber seine Feststellungen nicht als einwandfrei, denn es wird in dieser Beziehung nichts weiter angeführt, als daß beide Angebote nur „als Ausfluß e i n e s rechtswidrigen Vorsatzes“ zu betrachten seien, wobei entscheidendes Gewicht darauf gelegt wird, daß „beide Akte vielleicht durch e i n e n Einwurf in die Brieflade vollführt“ worden seien. Aus diesen Ausführungen ist zunächst nicht klar ersichtlich, welchen Sinn das Berufungsgericht mit dem Ausdruck Vorsatz[1]) verbunden hat.

Wollte man aber auch den Ausspruch darin finden, daß der Angekagte mit beiden Anerbietungen das gesetzliche Verbot nur einmal habe übertreten wollen, so kam es erst noch darauf an, ob dieses Verbot eine solche Zusammenfassung gestattete. In Ermanglung jeder näheren Ausführung in dieser Richtung

1) Zu vgl. Entsch. des R.G. in Straff. Bd. 25 S. 231 f., Bd. 28 S. 97.

ist die Annahme begründet, daß das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, daß der Art. 7 Ziff. 3 des württ. Polizeistrafgesetzes der Mehrzahl der Zuwiderhandlungen ohne Rücksicht auf die Umstände und insbesondere ohne Rücksicht auf die Mehrzahl der dadurch in ihren Interessen gefährdeten oder benachteiligten Personen durchaus gleichgiltig gegenüberstehe und daß es wesentlich nur von dem Willen des Thäters abhänge, mehrere Zuwiderhandlungen in eine einzige Uebertretung zusammenzufassen. Da diese Anschauung, wie der Strafsenat in wiederholten Entscheidungen ausgesprochen hat, unrichtig ist, soferne sie weder mit dem Wortlaut noch mit dem Zweck des Gesetzes im Einklang steht, mußte das Urteil schon aus diesem Grunde der Aufhebung unterliegen.

Dazu kommt im gegebenen Falle noch Folgendes:

Zur Begründung der Einstellung der Strafverfolgung ist in diesem Falle von dem Berufungsgericht eine polizeiliche Strafverfügung des Oberamts Ludwigsburg verwendet worden. In der raschen und summarischen Natur des polizeilichen Strafverfahrens liegt es aber, daß sich eine solche Verfügung nur mit dem zunächst angezeigten Falle zu befassen hat und so kann es nicht zweifelhaft sein, daß sich auch die hier in Rede stehende Strafverfügung einzig und allein mit der Losversendung an den Landjäger Schmidle in Ludwigsburg befassen wollte und befaßt hat. Hieraus folgt nun — nach dem Grundsatz ne bis in idem — allerdings, daß diese Versendung nicht nochmals zum Gegenstand einer Strafverfolgung gemacht werden konnte [1]). Dagegen war das Gericht durch die erlassene Strafverfügung nicht gehindert, anderweitige Zuwiderhandlungen durch Versendung an andere Personen, mochten sie auch auf demselben Vorsatze oder Entschlusse wie die abgerügte beruhen, besonderer Bestrafung zu unterziehen.

Die in dem Urteil vertretene gegenteilige Rechtsanschauung legt solchen polizeilichen Strafverfügungen eine Tragweite und

1) Zu vgl. württ. Gesetz vom 12. August 1879, betreffend das Verfahren bei Erlassung polizeilicher Strafverfügungen Art. 24 Entsch. des R.G. in Straffachen Bd. 28 S. 83.

Bedeutung bei, welche weder den einschlägigen Bestimmungen des oben erwähnten Polizeigesetzes vom 12. August 1879 noch der Strafprozeßordnung zu entnehmen ist[1]) und welche auch in der Praxis zu unerträglichen Konsequenzen führen würde.

Das angefochtene Urteil unterlag daher, da der Grundsatz ne bis in idem nicht bloß prozessualer, sondern zugleich materiellrechtlicher Natur ist[2]), auch aus diesem Gesichtspunkt der Aufhebung und es mußte, in Anwendung des § 394 Abs. 2 der St.P.O. so wie geschehen, erkannt werden.

1) Zu vgl. auch Entsch. des R.G. in Straff. Bd. 2 S. 212, Bd. 3 S. 211 u. a. m. ferner Bd. 26 S. 163.

2) Zu vgl. Entsch. des R.G. in Strafsachen Bd. 25 S. 29.

III.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

4.

Gegen die nur über die Prozeßkosten ergangene Entscheidung ist die Berufung an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 vgl. mit § 94 der C.P.O. nicht zulässig[1]).

Aus den Gründen:

Bezüglich der Zulässigkeit des Rechtsmittels geht die Berufungsschrift mit Rücksicht auf die Bestimmungen in Art. 40 Abs. 1 und 43 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege davon aus, daß die Vorschrift des § 94 der C.P.O. nicht anwendbar sei.

Dieser Ansicht des Berufungsklägers tritt jedoch der Verwaltungsgerichtshof nicht bei. Der Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 lautet:

„Soweit nicht Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes entgegenstehen, finden auf das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten die Vorschriften der jeweils bestehenden bürgerlichen Prozeßordnung, auch soweit sie in gegenwärtigem Gesetz nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt sind, entsprechende Anwen-

1) Ueber die Frage, ob gegen ein von dem Verwaltungsgerichtshof in erster Instanz erlassenes Urteil die Berufung wegen des Kostenpunktes allein an das Bundesamt für das Heimatwesen erhoben werden kann, vgl. Wohlers-Krech, Reichsger. über den Unterstützungswohnsitz 7. Aufl. S. 172 n. 5.

dung." Während die württembergische C.P.O. vom 3. April 1868 in Art. 656 eine selbständige Berufung gegen die Prozeßkosten-Entscheidung zugelassen hatte, bestimmt nunmehr § 94 der R.C.P.O., daß die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird; und es findet diese Bestimmung nach der Auslegung, welche ihr durch den Plenarbeschluß des Reichsgerichts vom 18. Oktober 1883 gegeben worden ist, auch dann Anwendung, wenn wie im vorliegenden Falle der Unterrichter lediglich im Kostenpunkt entschieden hat [1]).

Das Gesetz vom 16. Dezember 1876 enthält in Art. 43 außer der allgemeinen Charakterisierung des gegen die Endurteile der Kreisregierungen zulässigen ordentlichen Rechtsmittels als Berufung die Bestimmung, daß die Berufung nicht nur den Partien, sondern auch dem Vertreter des öffentlichen Interesses zustehe, und die nachfolgenden Art. 44—51 enthalten die für die Ausgestaltung des Rechtsmittels wichtigsten Rechtssätze, aber keineswegs eine vollständige und erschöpfende Regelung; es läßt sich daher auch nicht anerkennen, daß eine Bestimmung des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 der entsprechenden Anwendung des § 94 der C.P.O. entgegenstehe. In dieser Erwägung hat der Verwaltungsgerichtshof schon früher in dem im württembergischen Archiv Band 23 S. 333 veröffentlichten Urteil vom 5. April 1882 in einem Falle, in welchem die über die Hauptsache und die Kosten ergangene Entscheidung nur im Kostenpunkt angefochten war, die Berufung als unzulässig verworfen.

Urteil vom 15. Mai 1895 in der Berufungssache des Ortsarmenverbands Heidenheim gegen den Landarmenverband für den Neckarkreis.

---

1) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 10 S. 308 ff. Gaupp, Komm. zur C.P.O. 2. Aufl. Bd I S. 224 Note 2.

5.

Klage auf Anerkennung und Unterhaltung eines öffentlichen Verbindungswegs (für leichten Fuhrwerksverkehr).

Ueber die Markung der Ortsgemeinde Oberboihingen führt ein Weg von diesem Orte zur Grenze der Markung des Hofguts Tachenhausen, das der beklagten Hospitalverwaltung Nürtingen gehört und eine Teilgemeinde der zusammengesetzten Gemeinde Oberboihingen bildet, von da über die Markung Tachenhausen zu den Gebäuden jenes Hofguts und weiter über dieselbe Markung bis zur Markungsgrenze von Unterboihingen, sodann über die Markung letzterer Gemeinde bis zur Grenze der Markung Lindorf und über diese Markung durch das Dorf Lindorf und schließlich auf die Markung von Kirchheim u. T. und über dieselbe in diese Stadt.

Im Jahr 1888 ließ die Hospitalpflege Nürtingen den Weg von der Markungsgrenze Oberboihingen bis zu den Gebäuden des Hofguts Tachenhausen, welcher direkt auf die Anhöhe, auf welcher diese Gebäude liegen, hinaufführte und daher für die Fuhrwerke etwas zu steil war, insofern abändern, daß sie unter teilweiser Aufhebung der seitherigen Wegstrecke nunmehr einen Serpentinenweg nach jenen Gebäuden anlegte.

Die klagende Gemeinde Oberboihingen behauptet nun, daß die Wegstrecke von den Gebäuden des Hofguts Tachenhausen bis zur Markungsgrenze von Unterboihingen ein öffentlicher Verbindungsweg sei, während von der Beklagten geltend gemacht wird, daß jene Wegstrecke ein öffentlicher Güterweg und Holzabfuhrweg sei.

Da die Beklagte im März 1893 die gedachte Wegstrecke durch Schranken absperren ließ, beantragte die Klägerin zunächst, im Weg einstweiliger Verfügung anzuordnen, daß jene Absperrung des Verbindungswegs Oberboihingen-Tachenhausen-Lindorf aufgehoben werde und derselbe bis zur endgiltigen Entscheidung des Rechtsstreits für den öffentlichen Verkehr frei zu

lassen sei. Durch Urteil der K. Regierung für den Schwarzwaldkreis vom 25. August 1893 wurde diesem Antrag mit der Einschränkung stattgegeben, daß die angebrachte Schranke zu entfernen und der Weg für den „öffentlichen Güterverkehr" freizulassen sei.

Hierauf hat die Klägerin bei der Regierung gegen die Beklagte in der Hauptsache Klage erhoben; ihre ursprünglichen Anträge schränkte sie bei der mündlichen Verhandlung dahin ein, daß der fragliche Weg zwar als öffentlicher Verbindungsweg, aber nur für jedes leichtere Fuhrwerk befahrbar, beansprucht werde und als solcher zu unterhalten sei und daß die Schranken bleibend zu beseitigen seien.

Durch Urteil der Regierung vom 15. Dezember 1894 mit der Klage abgewiesen, hat die Klägerin Berufung eingelegt mit dem Antrage, zu erkennen, die Beklagte sei schuldig, die bestrittene Wegstrecke vom Hofgut Tachenhausen bis zur Unterboihinger Markungsgrenze als öffentlichen Verbindungsweg für leichten Fuhrwerksverkehr anzuerkennen und für diesen Zweck zu unterhalten, sowie die im Jahr 1893 angebrachten Schranken bleibend entfernt zu halten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat am 16. Oktober 1895 erkannt, daß es bei dem Anerkenntnis der Beklagten, daß die bestrittene Wegstrecke ein öffentlicher Güterweg und Holzabfuhrweg und sie nicht berechtigt sei, diesen Weg abzuschranken, sein Bewenden habe und im Uebrigen die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen werde.

Gründe:

I. Die Klägerin stützt den Antrag, daß die Beklagte die streitige Wegstrecke als öffentlichen Verbindungsweg für leichten Fuhrwerksverkehr anzuerkennen und für diesen Zweck zu unterhalten habe, auf die Behauptung, daß diese Wegstrecke seit unvordenklicher Zeit als öffentlicher Verbindungsweg zwischen Oberboihingen und Lindorf, bezw. Kirchheim u. T. für leichtern Fuhrwerksverkehr benützt worden sei. Den Beweis dieser Behauptung hat sie jedoch nicht geführt, weshalb dahin gestellt bleiben kann, ob jener Antrag so be-

stimmt ist, daß auf denselben eine Verurteilung der Beklagten ausgesprochen werden könnte.

II. In der nunmehr als Landesvermessungskarte von 1823/24 anerkannten Flurkarte der Markung Tachenhausen... ist die streitige Wegstrecke nicht eingetragen, während der Weg von Oberboihingen bis zu den Gebäuden des Hofguts Tachenhausen und die Fortsetzung jener Wegstrecke auf der Markung Unterboihingen eingezeichnet ist. Jene Unterlassung der Eintragung wird von der Klägerin in ihrer Beschwerde vom 12. April 1893 gegen die Verfügung des Oberamts Nürtingen vom 20. März 1893... unter anderem dadurch erklärt, daß die Parzelle 25, über welche der Weg von den Gebäuden an bis zur Grenze gegen Unterboihingen weiter führe, Weide gewesen und auch der Weg beweidet worden sei. Hieraus ergiebt sich, daß der Weg damals kein öffentlicher Verbindungsweg gewesen sein kann. Gegen diese Eigenschaft des fraglichen Wegs spricht auch die Angabe des 84 Jahre alten Schäfers H. in Oberboihingen, daß man in frühern Zeiten, solange die jetzt an der bestrittenen Wegstrecke gepflanzten Bäume gefehlt haben, neben hinaus habe fahren können, wenn der Weg zu schlecht geworden sei.

Ferner ist jene Wegstrecke nicht vermarkt oder versteint.

In dem Primärkataster der Teilgemeinde Tachenhausen von 1829 ist der Weg als Teil der Parzelle 25 „Weide und Oede" unter der Bezeichnung: „Weg", und die ganze über die Markung des Hofguts Tachenhausen führende Wegstrecke in dem Meßurkundenheft als Feldweg Nr. 1 und ebenso in der Meßurkunde vom 5. August 1890 mit dem Beisatz „Lindorfer Weg" aufgeführt.

Aus Anlaß der Anfertigung des Güterbuchs von Tachenhausen hat sodann die Klägerin am 4. Mai 1887 den öffentlichen Charakter des von Oberboihingen durch den Hof Tachenhausen nach Lindorf führenden Wegs angemeldet, der Stiftungsrat von Nürtingen als damaliger gesetzlicher Vertreter der Beklagten ist dieser Auffassung bezüglich des Feldwegs Nr. 1 nicht entgegengetreten und es hat sich der Gemeinderat Ober-

boihingen am 19. Dezember 1888 mit dem dargelegten Rechtsverhältnis unterschriftlich einverstanden erklärt. Hienach sind damals beide Beteiligte über die Eigenschaft des fraglichen Wegs als Feldwegs einig gewesen.

Diese Bezeichnung des Wegs als Feldwegs umfaßt nun allerdings den ganzen Weg von der Oberboihinger bis zur Unterboihinger Markungsgrenze, während jetzt unbestrittenermaßen der Weg von der Oberboihinger Markungsgrenze bis zu den Gebäuden des Hofguts Tachenhausen ein öffentlicher Verbindungsweg zwischen der Ortsgemeinde Oberboihingen und der Teilgemeinde Tachenhausen und als solcher chaussiert, mit Kies eingeworfen und gut fahrbar ist. Allein letzteres beweist nur, daß man den vormaligen Feldweg zum Zweck der Herstellung einer Verbindung zwischen jenen beiden Gemeinden so, wie geschehen, umgewandelt hat, wogegen die Wegstrecke von den Gebäuden des Hofguts Tachenhausen bis zu der Unterboihinger Markungsgrenze in dem nachher zu beschreibenden Zustand, welcher sich für einen öffentlichen Verbindungsweg nicht eignet, belassen worden ist.

III. Was nämlich diesen Zustand anlangt, so ist die streitige Wegstrecke weder chaussiert, noch mit Kies eingeworfen und, wie in dem von der Klägerin vorgelegten Situationsplan... bemerkt ist, wegen mangelhafter Unterhaltung fast nicht fahrbar. Nach der schriftlichen Aeußerung des Oberamtsstraßenmeisters G. vom 25. September 1894..., deren Richtigkeit bei dem amtlichen Augenschein bestätigt worden ist, ist der Weg in seiner ganzen Länge ein sogenannter Erdweg, eine Unterhaltung desselben findet nicht statt, die auf beiden Seiten befindlichen Gräben sind teilweise verfallen. Auch war der Weg zur Zeit der Besichtigung durch den Oberamtsstraßenmeister mit Morast bedeckt und es hat der letztere keine Aufsicht über denselben auszuüben. Zur Zeit der Einnahme jenes Augenscheins am 31. Oktober 1894 war die Befahrung, ja sogar die Begehung des Wegs eine absolute Unmöglichkeit, weil die ganze Fahrbahn mit schuhhohem Morast angefüllt war. Daß der Zustand des Wegs früher ein anderer gewesen sei, hat die Klägerin nicht

dargethan, vielmehr ist von dem Gemeinderat Oberboihingen in einem Bericht vom 13. Februar 1892 an das Oberamt Nürtingen vorgetragen worden, daß die Hospitalpflege daselbst seit 20 Jahren an dem Weg nicht das Mindeste gethan habe.

Auch die in voriger Instanz vernommenen Zeugen haben angegeben, daß der fragliche Weg von jeher wegen seiner schlechten Beschaffenheit nur bei günstiger Jahreszeit und trockenem Wetter und auch da nur mit leeren oder leicht beladenen Wagen habe befahren werden können und befahren worden sei. Nur der Zeuge Wilhelm H. spricht davon, daß der Weg in früheren Jahren noch besser gewesen sei und man sogar mit geladenem Wagen habe fahren können, motiviert dies aber damit, daß man damals neben hinaus habe fahren können, weil die Bäume an dem Weg gefehlt haben.

Ist aber hienach anzunehmen, daß die Beschaffenheit des in Rede stehenden Wegs von jeher gleich schlecht und zum regelmäßigen Befahren sogar mit leicht beladenen oder leeren Fuhrwerken ungeeignet gewesen ist, so kann er nicht als ein öffentlicher Verbindungsweg angesehen werden. Denn ein solcher ist begrifflich nur dann vorhanden, wenn er nicht bloß vorübergehend zu gewissen Zeiten je nach der Beschaffenheit seines Zustands zur Unterhaltung des Verkehrs zwischen benachbarten Ortschaften benützt werden kann.

Vielmehr ist die von den Zeugen angegebene Benützung des Wegs eine bloß gelegentliche, welche auch bei öffentlichen Güterwegen, unter welche Kategorie, wie unter die eines Holzabfuhrwegs, die Beklagte den Weg subsumiert, vorkommen kann und von der Beklagten geduldet worden ist, weil dieselbe kein Interesse an der Verhinderung der fraglichen Benützung hatte, solange sie hiedurch nicht geschädigt worden ist und insbesondere keine weitern Ansprüche wegen Unterhaltung des Wegs an sie gemacht worden sind.

IV. Hienach ist der Eingangs erwähnte Antrag der Klägerin unbegründet.

Anlangend das weitere Gesuch derselben, daß die Beklagte die im Jahr 1893 angebrachten Schranken bleibend entfernt

zu halten habe, so hat die Beklagte schon in der schriftlichen Vernehmlassung in erster Instanz erklärt, daß jene Schranken längst entfernt seien und Beklagte nicht den Anspruch erhebe, sie wieder anzubringen, und bei der mündlichen Verhandlung wiederholt, daß sie an eine Abschrankung des fraglichen Wegs nicht mehr denke. Auch in der Berufungsbeantwortung wird von der Beklagten die Abschrankung für eine längst erledigte Sache erklärt.

Hienach bedarf es in Ermanglung eines Antrags gemäß § 278 C.P.O. keiner gerichtlichen Entscheidung über jenes Gesuch. Dagegen hat man dem Anerkenntnis der Beklagten, daß der Weg ein öffentlicher Güterweg und Holzabfuhrweg, und daß sie nicht berechtigt sei, den Weg abzuschranken, im Urteil Ausdruck gegeben.

Urteil vom 16. Oktober 1895 in der Berufungssache der Gemeinde Oberboihingen gegen die Hospitalverwaltung Nürtingen.

6.

Ein Anspruch auf unentgeltliche Benützung öffentlicher Brunnen für den Haushalt und Viehstand steht den Gemeindebürgern, welche nicht innerhalb der Gemeindemarkung selbst wohnen, nicht zu.

Die Kläger Jakob Pfeiffer und Andreas Schnaithmann sind Eigentümer und Bewohner der an dem Vizinalweg von Hanweiler nach Korb in unmittelbarer Nähe der Wohnhäuser von Hanweiler auf der Gemeindemarkung Korb, die hier sich bis an das Dorf Hanweiler erstreckt, gelegenen Gebäude Nr. 55 und 56. Der Kläger Pfeiffer bewohnt sein auf Korber Markung gelegenes Haus seit dem Jahre 1891, nachdem er bis dahin in Hanweiler gewohnt hatte. Beide Kläger besitzen durch Abstammung das Bürgerrecht in Hanweiler und entrichten Rekognitionsgebühr an diese Gemeinde. Ihr Feldbesitz verteilt sich nach den in erster Instanz ange-

stellten Ermittlungen auf die beiden Markungen in der Weise, daß Pfeiffer auf der Markung Korb nahezu 13 Ar, auf der Markung Hanweiler annähernd 74 Ar, Schnaithmann auf der Markung Korb annähernd 99 Ar, auf der Markung Hanweiler etwas über 24 Ar besitzt.

Die Kläger hatten seither unbeanstandet das für ihren Haushalt und Viehstand nötige Wasser an den öffentlichen Brunnen in Hanweiler geholt und es ist auch von der beklagten Gemeinde Hanweiler nicht bestritten, daß wegen der beiläufig zwei Kilometer betragenden Entfernung ihrer Häuser vom Dorfe Korb die Kläger, so lange ihnen Wasser in der Nähe anderweit nicht zu Gebot steht, auf die Benützung der Brunnen in Hanweiler angewiesen sind. Nach dem schultheißenamtlichen Berichte vom 20. August 1894 besteht der Brunnen in Hanweiler, an welchem die Kläger ihr Wasser zu holen pflegen, seit alten Zeiten. Außer diesem sind in der 52 Haushaltungen zählenden Gemeinde zwei weitere öffentliche Brunnen vorhanden. Zu Anfang der 1860er Jahre haben sich die beiden Kläger bei der Herstellung der Brunnen in Hanweiler durch unentgeltliche Arbeitsleistung beteiligt.

Durch Beschluß vom 20. April 1894 hat der Gemeinderat zu Hanweiler mit Zustimmung des Bürgerausschusses den Klägern für das Wasserholen von den Brunnen in Hanweiler vom 1. April 1894 an einen jährlichen Zins von je 5 M. angesetzt, wobei sich die bürgerlichen Kollegien die jeweilige Regelung für künftige Jahre vorbehielten. In gleicher Weise wurde dem Johannes Fischer, der sein Wohngebäude Nr. 54, und dem Jakob Wagner, der sein Scheuer- und Stallgebäude Nr. 58 auf Korber Markung in nächster Nähe von Hanweiler hat, ein jährlicher Wasserzins von 2 M., bzw. 1,50 M. angesetzt. Hiebei legte sich der Gemeinderat von Hanweiler die Befugnis bei, bei Nichtentrichtung der Wasserzinse dem die Zahlung nicht Leistenden das Wasserholen unter Strafandrohung zu verbieten.

Die Kläger haben ihr Klagegesuch dahin gerichtet: daß die Gemeinde Hanweiler nicht berechtigt sei, ihnen für die Benützung der Brunnen in Hanweiler einen Wasserzins anzu-

setzen, vielmehr die Kläger befugt seien, die dortigen Brunnen unentgeltlich zu benutzen, d. h. das für ihren Haushalt und Viehstand nötige Wasser von den dortigen Brunnen unentgeltlich zu holen.

Die Kläger sind von der K. Kreisregierung in Ludwigsburg durch Urteil vom 8. Dezember 1894 abgewiesen worden. Ihre hiegegen erhobene Berufung hat der Verwaltungsgerichtshof als unbegründet zurückgewiesen.

Gründe:

Insofern die K. Kreisregierung in ihrem Urteil den Gegenstand des Rechtsstreits als Anspruch auf Teilnahme an bürgerlichen Nutzungen im Sinne der Art. 20 ff. des Gesetzes vom 16. Juni 1885, worüber die Verwaltungsgerichte nach Art. 62 Abs. 5 dieses Gesetzes zu entscheiden haben, auffaßte, hat sie die Klage aus dem unzweifelhaft richtigen Grunde abgewiesen, daß das Gesetz unter den persönlichen Gemeindenutzungen die Vorteile versteht, welche den Bürgern aus dem nutzbaren Eigentum der Gemeinde durch Ueberlassung des Nießbrauchs oder durch Austeilung des Ertrags zufließen, und das Gesetz überdies in Art. 22 ausdrücklich nur die im Gemeindebezirk wohnenden Gemeindebürger für zur Teilnahme an diesen Gemeindenutzungen berechtigt erklärt. Die Klage ist aber auch insofern unbegründet, als sie auf die unentgeltliche Benützung der Brunnen als einer öffentlichen Gemeindeanstalt gerichtet ist.

Was zunächst die Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahrens anbelangt, so hat im Zusammenhang mit der Bestimmung in § 65 lit. l. und § 66 Ziff. 7 des Verwaltungsedikts vom 1. März 1822, wonach die Beschlüsse des Gemeinderats „in allen denjenigen Fällen, wo eine Gemeinde auf Kosten Anderer sich eine Einnahmsquelle eröffnen oder die bereits bestehenden erweitern will, z. B. bei der Einführung von Pflaster-, Brücken-, Wag-, Krahnen-, Thorsperr-Geldern u. dgl." der Genehmigung der Kreisregierung bedurften, das Gesetz vom 16. Dezember 1876 in Art. 10 Ziff. 7 das verwaltungsgerichtliche Parteistreitverfahren über Streitigkeiten zugelassen, deren Gegenstand das Recht der Gemeinden zum Bezug von

Weg-, Pflaster- oder Brückengeld und anderer derartiger Gebühren für die Benützung von Gemeindeanstalten ist, wenn dieses Recht von einem hiewegen in Anspruch genommenen bestritten wird.

Die Vorschriften des Verwaltungsedikts sind in Art. 15 Abs. 1 Ziff. 10 und Abs. 2 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 in der Weise aufrecht erhalten worden, daß die Beschlüsse des Gemeinderats bei der Feststellung der Gebühren für die Benützung von Gemeindeanstalten, wenn deren Benützung den Beteiligten zur Zwangspflicht gemacht ist, sowie bei der Einführung oder Erhöhung von Markt- und Meßgebühren, Brücken- und Pflastergeldern der Genehmigung der Kreisregierung bedürfen; die in dem Entwurfe dieses Gesetzes weiter enthaltenen Worte „oder ähnlichen Abgaben" sind bei der Beratung der Ständeversammlung [1]) ausgefallen. In ähnlicher Weise, wie in den in Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 namentlich aufgeführten Fällen der Einführung von Pflaster- und Brückengeldern geschieht, hat der Gemeinderat in Hanweiler in Ausübung eines Herrschaftsverhältnisses über eine unentbehrliche öffentliche Gemeindeanstalt jährliche Gebühren für das Wasserholen aus den öffentlichen Brunnen in Hanweiler den beiden Klägern, sowie den dem Prozesse nicht beigetretenen Johannes Fischer und Jakob Wagner und mit dem Vorbehalte, künftig in anderen Fällen ebenso zu verfahren, angesetzt. Die Statthaftigkeit des verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahrens über die Frage, ob den Klägern das von ihnen behauptete Recht auf unentgeltlichen Gemeingebrauch der öffentlichen Brunnen gleich den Einwohnern von Hanweiler zustehe, ist daher nicht zu beanstanden.

Sachlich ist nun allerdings für die in dem unterrichterlichen Urteil ausgesprochene grundsätzliche Verneinung eines Rechts der Kläger auf Mitbenützung öffentlicher Gemeindeanstalten in Hanweiler die Bestimmung des Art. 46 des Gesetzes vom 16. Juni 1885, wonach die das Gemeindebürgerrecht nicht be-

1) Vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1890/91 I. Beilagenband 2. Abt. S. 456.

sitzenden Einwohner der Gemeinde nach den gleichen Grundsätzen wie die Bürger zur Benützung der öffentlichen Gemeindeanstalten berechtigt sind, nicht entscheidend. Auch wenn man davon absieht, zu den hier genannten öffentlichen Gemeindeanstalten auch öffentliche Wege, deren Benützung jedermann zusteht, zu rechnen[1]), ist in dieser Gesetzesstelle der Satz, daß nur den in der Gemeinde wohnenden Bürgern und Nichtbürgern ein Recht auf Benützung öffentlicher Gemeindeanstalten zustehen könne, nicht enthalten und insbesondere ließe sich nicht allgemein der Satz aufstellen, daß der Umstand, daß die Kläger auf der Markung Hanweiler Feldgrundbesitz haben und mit diesem Feldgrundbesitz zur Gemeinde Hanweiler steuerpflichtig sind, für die Beantwortung der Frage, ob die Kläger von der Mitbenützung öffentlicher Gemeindeanstalten, welche aus Gemeindemitteln unterhalten werden, beliebig ausgeschlossen werden können, bedeutungslos sei. Vielmehr ist einzuräumen, daß, insoweit es für die Bewirtschaftung ihrer auf der Markung Hanweiler gelegenen Feldgrundstücke erforderlich ist, die Kläger vermöge ihrer mit diesem Grundbesitz verbundenen Gemeindesteuerpflicht gleich den in Hanweiler wohnenden Grundeigentümern zu der dieser Bewirtschaftung dienenden Mitbenützung öffentlicher Gemeindeanstalten, welche aus Gemeindemitteln unterhalten werden, zuzulassen wären. Allein die Berechtigung der Kläger, das für ihren Haushalt und Viehstand erforderliche Wasser ständig gleich den Ortseinwohnern unentgeltlich von den Brunnen zu holen, läßt sich aus der Beitragspflichtigkeit der Kläger zu den Gemeindeumlagen in Hanweiler nicht ableiten, da die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Gemeinden zu dieser Versorgung mit Wasser aus Brunnen nicht über den Kreis der Einwohner der Gemeinde hinausgeht.

Als ein Recht, das mit dem Besitz des Gemeindebürgerrechts in Hanweiler verbunden wäre, kann das angesprochene Recht auf Mitbenützung einer dortigen öffentlichen Gemeindeanstalt nach Art. 35 des Gesetzes vom 16. Juni 1885 nicht gelten, und wenn vom gesetzgeberischen Standpunkte die Er-

1) Vgl. Doll, Gesetz über die Gemeindeangehörigkeit S. 83 Note 3.

hebung der Wohnsteuer durch die Gemeinden damit gerechtfertigt zu werden pflegt, daß diese Kopfsteuer einen billigen Ersatz für die Vorteile des Mitgenusses der öffentlichen Gemeindeanstalten (der „gemeinen bürgerlichen Wohlthaten [1])“ bilde, so läßt sich doch aus den bestehenden Gesetzen nicht nachweisen, daß der Zahlung dieser Gemeindeabgabe ein Recht auf den unentgeltlichen Gemeingebrauch an den unentbehrlichen öffentlichen Gemeindeanstalten gegenüberstehe, und noch weniger nachweisen, daß die Entrichtung des Rekognitionsgeldes den auswärts wohnenden Gemeindebürgern ein Recht auf die unentgeltliche Mitbenützung dieser Anstalten in der Gemeinde, in der sie das Bürgerrecht besitzen, gewähre. Es kann daher den Klägern auch der Umstand, daß sie als Bürger von Hanweiler Rekognitionsgeld dahin entrichten, nicht zu statten kommen.

Daß die Kläger seit Jahren (nach dem Vorbringen in der Klage seit Anfang der 1860er Jahre; übrigens wohnt der Kläger Pfeiffer auf Korber Markung erst seit dem Jahre 1891) an dem Gemeingebrauch der öffentlichen Brunnen in Hanweiler unbeanstandet Teil genommen hatten, ist für die Entscheidung der Sache ohne Bedeutung.

Urteil vom 19. Juni 1895 in der Berufungssache der Bauern Jakob Pfeiffer und Andreas Schnaithmann von Korb gegen die Gemeinde Hanweiler.

1) Vgl. Kommunordnung vom 1. Juni 1758 Kap. 5 Abschn. 8 §§ 2 ff. Mayer, Gemeindewirtschaft §§ 258. 259.

IV.

Abhandlungen.

II. Die Solidarhaft des Ehemanns bei Sozialschulden.

Von Rechtsanwalt Schefold in Ulm.

Noch vor wenig Jahren bestand bei Klagen aus Forderungen gegen Eheleute die fast unbeanstandete Uebung, das Klagegesuch dahin zu fassen, daß die Ehegatten, der Ehemann aufs Ganze, die Ehefrau zur Hälfte haftend zu zahlen haben. Heute ist die Praxis vielfach auf umgekehrtem Weg: man trägt Bedenken, den Ehemann fürs Ganze haftbar zu machen, man glaubt sicherer zu gehen, wenn man die Klage hälftig gegen beide Gatten richtet. Diese Wandlung in der Praxis ist, wie wir glauben, zu einem guten Teil auf die Ausführungen von Wächter-Spittler (in Bd. I dieser Jahrbücher S. 340 ff.) zurückzuführen. Aber so gewiß diese Ausführungen die volle Beachtung verdienen, die sie gefunden haben, so wenig möchten wir uns entschließen, dieselben in ihren wichtigsten Ergebnissen als richtig gelten zu lassen. Hierüber das Folgende:

1. Wenn wir die sozialen Verbindlichkeiten der Ehegatten unter dem Gesichtspunkt der Solidarhaft des Mannes betrachten; so ergeben sich folgende Gestaltungen:

a) Der Ehemann kontrahiert eine Schuld zu sozialen Zwecken, aber dem Mitkontrahenten wird es weder ex re, noch durch die Erklärung des Ehemanns kund, daß es sich um eine soziale Schuld handelt.

b) der Ehemann, welcher eine soziale Schuld kontrahiert,

verständigt den Mitkontrahenten, daß er eine soziale Schuld eingehen will.

c) Die vom Ehemann kontrahierte Schuld ist eine solche, deren soziale Eigenschaft ohne weiteres erkennbar ist, die den sozialen Charakter an sich trägt.

d) Der Ehemann kontrahiert allein, die Ehefrau tritt der Schuld nachträglich bei.

e) Beide Ehegatten gehen die Schuld gemeinsam ein.

Von allen diesen Fällen ist in Wahrheit nur der Fall a nicht bestritten; niemand zweifelt, daß hier solidare Haftung des Mannes eintritt. Im übrigen ist alles unsicher und bestritten, manches noch gar nicht zur Erörterung gebracht. —

2. Den Lesern dieser Zeitschrift ist es gewiß nicht unwillkommen, zu erfahren, was von den Rechtslehrern unserer Hochschule seit Wächter zu diesem Kapitel vorgetragen wird:

In einem Wächterschen Manuskript vom Jahr 1830 finde ich wenig kurze Sätze: die sozialen Schulden seien Schulden der ehelichen Gesellschaft, sie müssen getilgt werden zunächst aus der Errungenschaft, hienach aus dem privaten Vermögen der Gatten nach Landrecht IV 4 § 2. 6—8; solidare Haftung entstehe nur, wenn sich ein Ehegatte solidarisch haftbar mache, wozu bei der Frau noch die besonderen Förmlichkeiten erforderlich seien.

Ausführliches finde ich in einem Wächterschen Manuskript vom Jahre 1850/1851; hier heißt es:

Häufig werde behauptet, daß, wenn beide Ehegatten gemeinsam kontrahieren, der Mann in solidum hafte, also der Gläubiger die Wahl habe, beide Ehegatten zur Hälfte oder den Mann allein aufs Ganze zu belangen; diese Behauptung sei unrichtig; sie widerspreche dem Landrecht (IV 4 § 2), sowie dem gemeinen Recht (D. 14, 1 l. 4 pr.) und finde keine Stütze im Pfandgesetz Art. 68, da es sich hier von der Anrufung der weiblichen Freiheiten handle. — Aber auch dann, wenn entweder 1. der Mann eine Schuld kontrahiere, die den sozialen Charakter an sich trage — oder wenn er 2. bei Eingehung einer sozialen Schuld den Mitkontrahenten verständige, daß er

zu sozialen Zwecken kontrahiere, — auch in diesen Fällen entstehe nach unsern Gesetzen nur eine hälftige Haftung der Ehegatten, so daß man von einer solidaren Haftung des Mannes nur reden könne, wenn er eine nicht erkennbare soziale Schuld kontrahiere, ohne den Gläubiger vom sozialen Zweck zu verständigen. „Indessen“ — so heißt es wörtlich — hat „sich eine so entschiedene Praxis dafür gebildet, daß der Mann in den Fällen 1 und 2“ (also in den Fällen der vom Mann allein kontrahierten ex re erkennbaren oder kundgegebenen Sozialschulden) „in solidum hafte, und ist diese Praxis so vielfach angenommen, daß man den Satz wohl als einen gewohnheitsrechtlichen anerkennen muß.“

Römer lehrt (1865):

Unrichtig sei die Behauptung, daß der Gläubiger bei einem auf beide Gatten lautenden Schuldschein die Wahl habe, ob er beide Gatten hälftig oder den Mann allein aufs Ganze belangen wolle, dagegen habe vermöge Gewohnheitsrechts der Gläubiger bei einer vom Mann allein kontrahierten Sozialschuld, sowohl bei der ex re erkennbaren, als bei der kundgegebenen, die Wahl, beide Gatten zur Hälfte oder den Mann allein aufs Ganze zu belangen; — theoretisch wäre das freilich nicht zu rechtfertigen.

Mandry (1883/84):

Neben der Haftung des einen Ehegatten für die Hälfte könne der andere für die ganze Schuld haften, dies sei

a) ohne Zweifel der Fall, wenn der Ehemann allein kontrahiere und der Gläubiger nicht wisse, daß es sich um eine soziale Schuld handle,

b) nach allgemeiner und richtiger Ansicht, sobald der Ehemann allein kontrahiere, ohne die Haftung auf die Hälfte zu beschränken,

c) im Fall der Interzession des einen Gatten für die den anderen treffende Hälfte,

d) in den Fällen der Gewerbeordnung § 11 und des H.G.-Buchs Art. 8.

Gaupp (1890/91):

Wenn der Mann allein eine Sozialschuld kontrahiere, so hafte er nach der herrschenden Ansicht selbst in solidum, so daß der Gläubiger die Wahl habe, ob er von jedem Gatten die Hälfte oder von dem Mann allein das Ganze fordern wolle; man berufe sich hiebei auf die bei der Sozietät geltenden Grundsätze, allein ob dies gleich nicht zu rechtfertigen wäre, habe sich doch seit lange eine entschiedene Praxis dahin gebildet, daß der Mann im Fall der erkennbaren und der kundgegebenen Sozialschuld in solidum hafte, daß dieses Prinzip als Gewohnheitsrecht anzusehen sei.

Wir finden hier einen völligen Konsens in der Bestimmung derjenigen Fälle, in welchen bei der sozialen Schuld eine Solidarhaft des Mannes entstehen soll, nämlich wenn der Mann eine Sozialschuld kontrahiert, ohne daß der Dritte vom sozialen Zweck erfährt, wenn eine Sozialschuld den sozialen Charakter an sich trägt, endlich wenn der Mann den Dritten vom sozialen Zweck verständigt: oben 1, a—c. Dagegen beachten wir eine verschiedene Fassung bei Wächter, Römer und Gaupp einer- und Mandry andererseits. Jene sagen, daß in den Fällen der Solidarhaft des Mannes 1, b und c oben der Gläubiger die Wahl habe, den Mann aufs Ganze oder beide Gatten hälftig zu belangen. Mandry sagt: in diesen Fällen tritt zu der hälftigen Haftung des einen Gatten (der Frau) die solidare Haftung des andern hinzu, m. a. W. an die Stelle der hälftigen Haftung beider tritt solidare Haftung des Einen (des Mannes) und hälftige Haftung des andern (der Frau). Und daraus muß sich der gewiß auch richtige Schluß ergeben, daß in diesen Fällen dem Gläubiger das Recht zusteht, den Mann aufs Ganze und die Frau zur Hälfte zu belangen, statt daß Wächter, Römer und Gaupp hier sagen, daß der Gläubiger die Wahl habe, den Mann allein aufs Ganze oder beide Gatten zur Hälfte zu belangen. — S. übrigens auch unten Ziff. 7.

3. Wächter, Römer und Gaupp bezeichnen den Rechtssatz, daß der Ehemann in den Fällen der von ihm allein kontrahierten ex re erkennbaren und der kundgegebenen Sozialschuld in solidum hafte, als ein Erzeugnis des Gewohnheits-

rechts. Wir sind der Meinung, daß es zur Rechtfertigung und Begründung dieses Rechtssatzes einer Berufung auf Gewohnheitsrecht in keiner Weise bedarf, daß sich derselbe vielmehr aus allgemeinen Grundsätzen, aus einer unbefangenen Betrachtung des Verkehrslebens und im vollen Einklang mit den Prinzipien der Errungenschaftsgesellschaft ganz von selbst ergiebt, wenn man nur klar unterscheidet: was ist der Sinn des Kontrakts und was ist die gesetzliche Folge der sozialen Qualität der Schuld? Der Mann tritt in den Rechtsverkehr ein für sich selbst, für sich allein, nicht als verheiratet oder nichtverheiratet, nicht als Sozius seiner Frau, mit der er in diesem oder jenem Güterrechtsverhältnis lebt. Er will als Vertragskontrahent für sich Rechte und Ansprüche erwerben, mit ihm, mit ihm allein will der Dritte kontrahieren, zwischen dem Mann und dem Dritten entsteht der Kontrakt; dessen Inhalt ist, daß der Mann zu leisten hat, was versprochen ist, dessen Inhalt ist nicht, daß der Mann verspräche, es solle das zu Leistende zunächst aus der Errungenschaft und sodann zur Hälfte vom Vermögen des Manns, zur Hälfte vom Vermögen der Frau geleistet werden. — Der Mann, welcher mit dem Baumeister vereinbart, daß er auf dem ihm und seiner Frau gemeinschaftlich gehörigen Bauplatz ein Gebäude um 50000 M. erstellen soll, verspricht einfach: ich zahle 50000 M., und nicht: ich verspreche, daß die 50000 M. zunächst aus der Errungenschaft und sodann aus beiden Vermögenshälften bezahlt werden. Ganz unbestritten ist, wie wir oben gesehen haben, die Solidarhaft des Mannes bei Sozialschulden dann, wenn der Dritte die soziale Qualität der Schuld nicht kennt. Auch das stellt niemand in Frage, daß die Solidarhaft des Mannes in diesem Falle bestehen bleibt, wenn der Dritte nachträglich vom sozialen Zweck der Schuld Kenntnis erhält. Und ebensowenig wird diese Solidarhaft bestritten, wenn ein Fall vorliegt, bei welchem der Gläubiger mit einigem Nachdenken die soziale Qualität der Schuld hätte erkennen können. — Soll es nun plötzlich anders sein, wenn der Dritte die Sozialschuld als solche wirklich erkennt? Der Mann, welcher auf dem Markte Kartoffeln kauft,

haftet in solidum, wenn er aber bei diesem Kaufe etwa die Bemerkung macht: „ich habe eine große Familie, ich brauche einen großen Vorrat," eine Bemerkung, durch die ja der soziale Zweck des Rechtsgeschäfts kundgegeben ist, soll es hier nur kraft Gewohnheitsrechts geschehen, daß der Mann aus diesem Handel solidarisch haftbar wird? Es scheint uns auch in diesem Fall die Solidarhaft für eine unbefangene Betrachtung selbstverständlich zu sein. — Die andere Frage ist dann die, welche Folgen der vom Ehemann abgeschlossene Vertrag kraft Gesetzes für die Ehegatten hat. Kraft Gesetzes (W. R. IV, 4 § 2) hat die Eingehung jeder sozialen Verbindlichkeit die Folge, daß für deren Erfüllung zunächst die Errungenschaft, sodann das Vermögen jedes Gatten zur Hälfte haftet. — Weiter geht Pfizer[1]; er sagt, der Kontrakt des Ehemanns erzeugt ausnahmslos nur eine (natürlich solidare) Verbindlichkeit des Mannes, eine Mitverbindlichkeit der Frau kann nur entstehen, wenn sich dieselbe auf eine die Annahme einer Bürgschaft deutlich ausschließende Weise mit dem Manne verbindlich macht[2]).

4. Das Errungenschaftsvermögen bildet während der Dauer der Errungenschaft ein einheitliches Ganzes. Hieran bestehen zwar Teilrechte der Ehegatten, allein diese Rechte treten erst mit der Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft hervor. Solange diese Gemeinschaft dauert, ist das errungene Vermögen ein einheitliches in der Hand des Mannes so, als ob es allein sein Vermögen wäre. Er verfügt darüber, wie über sein eigenes, und es haftet dasselbe für die Schulden des

1) Boschers Zeitschrift Bd. 32 S. 1 ff.

2) Die Annahme Pfizers, daß bei den vom Ehemann allein, ohne Mitwirkung der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten eine Mithaftung der Frau durchweg ausgeschlossen sei, scheint mir mit dem jur. Prinzip der Errungenschaftsgemeinschaft, mit der sittlichen Natur derselben, nicht im Einklang zu sein. Ja wenn nicht im Gegenteil die Auffassung, daß bei den vom Mann allein kontrahierten sozialen Schulden die Frau mithafte, von Alters her tief im Volk wurzeln würde, möchte die gewohnheitsrechtliche Entstehung des Rechtsinstituts der weiblichen Freiheiten kaum zu erklären sein. S. auch Griesinger's Kommentar zum Landrecht Bd. VII § 146 S. 244.

Mannes, wie sein eigenes; ein Urteil gegen den Mann ist vollstreckbar in die Errungenschaft, sie ist nach außen Ein Vermögen und zwar ein Vermögen des Mannes[1]). — Dieser völligen Einheit des Errungenschaftsvermögens möchte es entsprechen, daß auch der Mann, wenn er allein kontrahiert, ausnahmslos in solidum haftet, daß auch er nach außen nicht in verschiedener Qualität: als Ehemann, Repräsentant der Errungenschaft, Vertreter seiner Frau, sondern eben als der eine Mann, der im Rechtsleben Rechte für sich erwirbt, Verbindlichkeiten auf sich nimmt, auf sich allein, aber freilich mit der aus dem Rechte der Errungenschaft von selbst sich ergebenden Folge, daß für die vom Mann kontrahierten sozialen Schulden auch die Frau zu ihrem Teil haften muß. — So finden wir die regelmäßige Solidarhaft des Mannes bei Sozialschulden im Einklang mit einem andern anerkannten Prinzip des Errungenschaftsrechts! —

5. Treten wir nun unter dem Gesichtspunkt der bisherigen Erörterungen an die einzelnen Fälle heran, welche wir oben unter 1, a—d aufgezählt haben, so ist zunächst zu a kein Streit, daß der Mann in solidum haftet, wenn der Mitkontrahent von der sozialen Qualität der Schuld nichts weiß. Kontrahiert der Ehemann eine soziale Schuld, von der zu sagen ist, daß ihre soziale Qualität ex re erkennbar ist (1, c), so geht der beiderseitige Vertragswille nichtsdestoweniger zweifellos dahin, daß der Ehemann solidarisch haften soll, und eine Einrede des Mannes, daß er, da es sich um eine soziale Schuld handle, nur auf die Hälfte belangt werden könne, würde dem Willen der Kontrahenten, dem Sinn des Kontrakts, ja den Grundsätzen von Treu und Glauben ganz offenbar zuwider sein. Gehen wir zu dem Fall über, wo der Mann dem Dritten erklärt (erkenntlich macht), daß er eine soziale Schuld kontrahiere (1, b), so führt eine unbefangene Prüfung des Vertragswillens nicht weniger auf die Solidarhaft des Mannes: die Regel ist hier wohl nicht die, daß der Mann von sich aus es ausspricht, daß er eine soziale Schuld kontrahiere, sondern die Regel in solchen Fällen ist die, daß der Gläubiger Mitteilung und Sicherheit

1) Gaupp, C.P.O zu § 690 S. 376 2. Aufl.

dafür haben will, daß die Eingehung der Schuld dem ehelichen Nutzen diene. Dies will er wissen und feststellen, um seiner Forderung den Vorteil einer sozialen zu sichern, auf daß auch die Frau ihm mithaftbar werde; er will dann aber nicht auf die an sich gegebene solidare Haft des Mannes wieder ververzichten, sondern vielmehr derselben den Vorzug einer solidaren Schuld sichern. Das ist der gewöhnliche Sinn und Zweck der so häufig gebrauchten Wendung von einer Schuld „zu ehelichen Zwecken." — Damit kommen wir auf den Fall 1, d, in welchem die Schuld vom Mann allein kontrahiert wird, dieser Schuld aber die Frau nachträglich beitritt. Dies kann auf zweifache Art geschehen, entweder so, daß der Dritte mit dem Ehemann unter der Bedingung oder mit der Bestimmung kontrahiert, daß die Frau der Schuld nachträglich beizutreten habe, oder so, daß der Gläubiger es ablehnt, mit dem Mann anders zu kontrahieren, außer wenn die Frau sich gleichzeitig am Kontrakt beteiligt; dort wird der auf den Mann gestellte Schuldschein von der Frau nachträglich unterzeichnet, hier wird er von beiden Gatten gemeinschaftlich ausgestellt (1, d u. e); aber in beiden Fällen ist es gewiß nicht der Sinn des Kontrakts, daß der Ehemann, welcher zunächst als der Alleinkontrahent in solidum haftet, nun durch die Beiziehung der Frau seiner Verbindlichkeit nachträglich zur Hälfte enthoben werden soll; vielmehr bleibt seine ganze Verbindlichkeit bestehen und sie erhält nur eine Verstärkung durch den Beitritt der Frau, woneben noch häufig der Zweck obwalten mag, der Anrufung der weiblichen Freiheiten vorzubeugen. — In solchen Fällen haftet der Ehemann auch im Fall eines gemeinschaftlich ausgestellten Schuldscheins, nicht weil, sondern trotzdem daß ein solcher ausgestellt worden ist, für die ganze Schuld.

Dagegen, wenn zwei Ehegatten das Anwesen vom Vater der Braut übernehmen, wenn sie miteinander einen Acker kaufen, wenn sie zusammen zum Kapitalisten gehen und Geld aufnehmen, und wenn sie in allen diesen Fällen gemeinschaftlich und gemeinsam einen Vertrag, eine Schuldurkunde unterzeichnen, so tritt hier überall die hälftige Haftung der Ehegatten ein, und

es mag wohl der Gläubiger die Meinung haben, daß ihm der Ehemann solidarisch hafte; diese Meinung nützt ihn nichts, er mag sich die Solidarhaft des Mannes ausbedingen, an sich entsteht sie nicht.

6. Wächter und nach ihm Römer und Gaupp lehren, daß der Gläubiger in den Fällen der Solidarhaft des Mannes bei sozialen Schulden (oben 1, b und c) die Wahl habe, entweder den Mann allein aufs Ganze oder beide Gatten hälftig zu belangen. Mandry sagt, daß in diesen Fällen, zu der hälftigen Haftung der Ehefrau die solidare Haftung des Ehemannes hinzutrete. Diese (Mandrysche) Formulierung scheint uns die richtige zu sein: aus dem Charakter der sozialen Schuld ergiebt sich, daß beide Gatten hälftig haften, aus dem Kontrakt aber folgt daneben die solidare Haftung des Mannes. Besteht nun solcher Weise bei ein und derselben sozialen Schuld solidare Haftung des Mannes und hälftige der Frau, so folgt doch, daß nun auch der Mann aufs Ganze und daneben die Frau zur Hälfte belangt werden kann; und kein Grund läßt sich erkennen, daß dem Gläubiger nur ein Wahlrecht zustehen soll, entweder die Klage aufs Ganze gegen den Mann oder solche gegen beide zur Hälfte zu erheben. Dieses Recht des Gläubigers, zugleich gegen den Mann aufs Ganze, gegen die Frau auf die Hälfte zu klagen, ist einleuchtend in dem Fall, wenn eine Schuld vom Mann allein kontrahiert wird und die Frau der Schuld nachträglich beitritt. Wenn aber der Mann eine soziale Schuld allein kontrahiert (oben 1, b und c), so mag man wohl den Zweifel anregen, ob hier ein Klagerecht gegen die Frau überhaupt entsteht[1]), nimmt man aber (mit der herrschenden Lehre) dieses Klagerecht an, so muß man es auch genau der Verpflichtung der Schuldleute gemäß gestalten, also aufs Ganze gegen den Mann und daneben auf die Hälfte gegen die Ehefrau. —

7. Nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs sind alle Verbindlichkeiten des Mannes Sozialschulden, die Frau haftet für solche persönlich nicht, dagegen haftet die ganze Er-

1) s. Pfizer, l. c.

rungenschaft[1]). Hiernach kann bei den vom Ehemann kontrahierten sozialen Verbindlichkeiten niemals zweifelhaft sein, daß er in solidum haftbar ist. — Ueber gemeinschaftlich eingegangene Verbindlichkeiten der Ehegatten finden wir keine ausdrückliche Bestimmung. Nach der ersten Lesung des Entwurfs ergiebt sich[2]) solidare Haftung des Mannes und hälftige Haftung der Frau. — In der zweiten Lesung aber ist an die Stelle des § 320 des ersten Entwurfs neben § 363 (§ 414 des dem Reichstag vorgelegten Entwurfs) der § 370 (§ 421 des dem Reichstag vorgelegten Entwurfs) getreten, welcher sagt, daß, wenn mehrere sich durch Vertrag zu einer gemeinschaftlichen Leistung verpflichten, sie im Zweifel als Gesamtschuldner haften[3]). — Wendet man diese Gesetzesbestimmung auf die von Ehegatten gemeinsam eingegangenen Verbindlichkeiten an, so ergiebt sich die Regel der Solidarhaft beider Gatten, eine Konsequenz, welche tief in die rechtliche Stellung der Ehefrau eingreift.

8. Kehren wir nach diesem Ausblick auf die Zukunft zu unserem bestehenden Rechte zurück, so ergeben sich aus unsern Erörterungen 1—6 folgende Sätze:

a) Wenn der Mann allein eine soziale Schuld kontrahiert, so haftet er in solidum, neben ihm die Frau zur Hälfte.

b) Dies gilt auch, wenn einer solchen Schuld, welche vom Mann allein kontrahiert ist, die Frau nachträglich beitritt.

c) wenn eine (soziale) Verbindlichkeit von beiden Ehegatten gemeinschaftlich eingegangen wird, so haften beide hälftig, wenn nicht aus den Thatumständen erhellt, daß die solidare Haftung des Mannes dem Willen der Kontrahenten entsprechend ist.

d) Wenn neben der hälftig haftenden Frau der Mann solidarisch haftet, so steht dem Gläubiger das Recht zu, den Mann aufs Ganze, die Frau zu Hälfte zu belangen.

---

1) § 1425, § 1414 Abs. 2 vgl. mit § 1342 Abs. 2, § 1425 Abs. 1 (2. Lesung), §§ 1513. 1502 Absatz 2 vgl. mit § 1426 Absatz 2 des dem Reichstag vorgelegten Entwurfs.

2) Motive Bd. IV S. 526.

3) Inzwischen ist § 370 (bzw. 421) Gesetz geworden: Bürgerl. G.B. § 427.

e) Für alle, auch die nicht sozialen Schulden des Mannes haftet die ganze Errungenschaft. —

Wir glauben, daß diese Sätze auch dem Bedürfnis und den vorherrschenden Rechtsanschauungen der Praxis entsprechend sind.

III. Zum Art. 4 Abs. 2 unseres Währschaftsgesetzes.

Von Rechtsanwalt Schefold in Ulm.

Die Regel unseres Währschaftsgesetzes ist die Wandlungsklage (act. redhib.), die Ausnahme das Rechtsmittel des Art. 4 Abs. 2 unseres Gesetzes, eine modifizierte actio quanti minoris. Diese Klage ist ausnahmsweise gestattet, wenn sich der Mangel an einem geschlachteten Tiere findet. — Nach gemeinem Recht steht dem Erwerber — sagen wir immer: dem Käufer — die Wahl zwischen der a. redh. und der a. quanti min. zu, aber wenn der Käufer über die gekaufte Sache verfügt, so begiebt er sich der redhibitorischen Klage und es bleibt ihm nur, aber es bleibt ihm auch immer die a. quanti min. aestimatoria. — Eine solche Wahl giebt es im Währschaftsgesetz nicht; vom Fall des Schlachtens abgesehen, giebt es nur die a. redh., wenn aber das Tier geschlachtet wird, so rückt die ästimatorische Klage an die Stelle der redhibitorischen ein.

Der Abs. 2 des Art. 4 unseres Gesetzes scheint von klarem und einfachem Inhalt zu sein, in Wahrheit stößt seine Anwendung auf eine Reihe von Zweifeln. Versuchen wir, die schwebenden Streitfragen der Lösung näher zu führen. —

1. Setzt Abs. 2 des Art. 4 voraus, daß das Tier zum Schlachten gekauft worden sei? Ja: Fecht und Weiß; nein: Hachenburg und Lebrecht je in ihren Erörterungen zu Art. 4 Absatz 2. — In unserer Praxis neigte man früherhin der Bejahung dieser Frage zu. Vielleicht, weil das Werkchen von Fecht sehr viel im Gebrauche war. Zur Zeit ist die herrschende Meinung für die Verneinung der Frage. Und mit Recht: Wohl ist bei der Beratung des Gesetzes die Ansicht, daß der Art. 4 Abs. 2 auf das zum Schlachten bestimmte Vieh zu beschränken sei, ganz deutlich ausgesprochen worden. Allein diese

Aeußerungen haben im Gesetz selbst keine Beachtung gefunden, so leicht es zumal angesichts des bayerischen Gesetzes vom 26. März 1859 gewesen wäre, denselben mit wenig Worten Rechnung zu tragen. — Es sind also jene Aeußerungen nicht geeignet, Elemente der Gesetzesauslegung zu sein, es bleibt beim Wortlaut, welcher eine Beschränkung auf den Zweck des Schlachtens nicht rechtfertigt.

2. Setzt der Art. 4 Abs. 2 voraus, daß das Tier in der Absicht, es zum Fleischgenuß zu verwerten, getötet worden sei? — Um diese Frage richtig zu würdigen, müssen wir uns die verschiedenen Fälle vergegenwärtigen, an die man bei dieser Frage denken mag:

a) Ein Tier geht durch einen Zufall zu Grunde, durch einen Blitzschlag, einen Absturz, oder in einem Notstand, indem z. B. ein wild unter die Menge stürzender Stier zur Abwendung von Gefahr niedergestreckt wird.

b) Ein Tier erleidet eine so schwere Verletzung, daß es, um womöglich noch das Fleisch genießbar zu erhalten, mit rascher Hand getötet werden muß.

c) Der Käufer des Tiers wird von der Behörde gezwungen, dasselbe zu töten oder töten zu lassen, etwa wegen Seuchengefahr oder zu Zwecken eines strafrechtlichen Verfahrens.

d) Ein Tier ist so alt oder unheilbar krank, daß seine Tötung geboten ist, weil die Kosten der Ernährung den Nutzen überwiegen.

e) In einem Währschaftsprozeß kognoszicrt der Sachverständige, daß der fragliche Hauptmangel nur durch Oeffnen und Zerlegen des Tiers zu erweisen sei. Das Tier wird geschlachtet.

In allen diesen Fällen geschieht es, daß das Tier geschlachtet wird. Ist deswegen Art. 4 Abs. 2 ohne Ausnahme anzuwenden? In allen diesen Fällen mag es auch zutreffen, daß die Absicht, das Tier zum Fleischgenuß zu verwerten, nicht das Motiv zum Schlachten gewesen ist, daß also ein „Schlachten" im gewöhnlichen Sinn nicht vorliegt, ergiebt sich hienach die ausnahmslose Nichtanwendung unseres Absatzes? Weder das eine, noch das andere! Versuchen wir die Lösung in Folgendem:

3. Nach römischem Recht erlischt die a. redh., wenn der Käufer über das Kaufobjekt in solcher Weise verfügt, daß er es sich unmöglich macht, dasselbe zurückzugeben; es gilt diese Verfügung als Verzicht auf die redhobitoria. Tritt aber die Unmöglichkeit der Rückgabe aus irgend einem anderen Grunde ein: insbesondere wenn das Tier durch Zufall untergeht, so bleibt die a. redh. bestehen[1]).

Diese Rechtsregeln sind durch die Bestimmungen des württembergischen Währschaftsgesetzes nicht aufgehoben oder modifiziert worden, nichts liegt für diese Annahme vor. — Betrachtet man aber unser Gesetz aus dem Gesichtspunkt eben dieser gemeinrechtlichen Normen, so ergiebt sich: wenn der Käufer das Tier in einer Weise, unter Umständen schlachtet, daß sich dieses sein Schlachten als eine — freie — Verfügung über das Tier darstellt, so verliert er die a. redh. und er hat nur das Rechtsmittel des Art. 4 Abs. 2. Wenn aber das Schlachten nicht kraft freier Verfügung geschieht, sondern so, daß es sich rechtlich als ein zufälliger Untergang des Tieres erweist, so kann durch ein solches Schlachten auch die redhibitorische Klage nicht verloren gehen: der Art. 4 Abs. 2 tritt nicht in Anwendung.

Diese Auffassung ist weit entfernt, in das Gesetz eine willkürliche Unterscheidung hineinzutragen; wir sagen nur: neben diesem Gesetz und trotz demselben, und, wie wir sehen werden, im Einklang mit demselben gilt der Grundsatz fort, daß der casus die a. redh. nicht zu vernichten vermag. Wir sagen „im Einklang mit dem Gesetz“: Unser Währschaftsgesetz ist bestimmt, den täglichen Verkehr mit Haustieren, Handel und Wandel auf diesem Gebiet des wirtschaftlichen Lebens zu regeln. Wenn ein solches Gesetz den Ausdruck Schlachten gebraucht, so ist anzunehmen, daß es den gewöhnlichen Fall des Lebens, was man sich im täglichen Leben unter Schlachten denkt, treffen wollte. Ein solches Schlachten aber ist es, wenn ein Tier aus dem Grund, weil es zum Fleischgenuß verwertet werden soll, und

1) Windscheid, Pand. §354 S. 516 6. Aufl. Dernburg, Pand. § 101 S. 272 bes. n. 8 u. 9. R.G. Bd. XXVI S. 188.

zu eben diesem Zweck getötet wird; es ist die wirtschaftlich freie Verwertung des Tieres durch Schlachten, an welche das Gesetz denkt. Wenn dagegen ein Tier durch einen Blitzschlag zerrissen und dann geöffnet und zerlegt wird, so liegt gewiß ein Fall vor, auf welchen Art. 4 Abs. 2 nicht paßt. Diesem Fall steht aber der andere ganz gleich, wenn ein Tier infolge obrigkeitlicher Anordnung getötet werden muß, und nicht anders liegt die Sache, wenn ein schwer verletztes Tier rasch getötet werden muß: überall liegt casus vor, dem Käufer steht die redhibitorische Klage zu, der Art. 4 Abs. 2 ist nicht anzuwenden. — Dieser Ausschluß der kasuellen Schlachtung aus dem Anwendungsgebiet des Art. 4 rechtfertigt sich aber auch noch aus einer andern Erwägung: wenn ich mich entschließe, ein Tier zu schlachten, so verzichte ich auf den Wert des als lebend nutzbaren Tiers, auf seinen Wert als Arbeitstier, als Milchkuh zc., und ich will nur den Fleischwert desselben verwerten. Wenn sich nun bei diesem Schlachten ein Mangel findet, so ist mein Schaden nur der aus dem Mangel sich ergebende Minderwert des Fleisches: die Entscheidung des Art. 4 Abs. 2 erweist sich als eine ganz gerechte und billige. Wenn aber eine Schlachtung vorliegt, die nicht vom Käufer verfügt ist, eine kasuelle, ein casus, so zeigt sich, daß die Anwendung des Gesetzes zu einem Unrecht führen würde: während hier das wirkliche und berechtigte Interesse des Käufers nur durch die Wandlung gedeckt wird, soll er sich mit der geringen Entschädigung des Art. 4 begnügen; es soll also ganz gegen den Sinn des ädil. Edikts und der modernen Währschaftsgesetzgebung, der Käufer statt des Verkäufers den casus tragen.

4. Dem Fall, wenn ein Tier, um den Fleischwert zu erhalten, rasch — in der Not — getötet werden muß (Fall b), gleicht der Fall, wenn ein Tier geschlachtet wird, wegen Alter oder Krankheit, weil sich die Ernährungskosten nicht mehr lohnen, daneben natürlich auch in der Absicht, den Fleischwert möglichst zu erhalten. (Fall d): in beiden Fällen sind es zufällige Vorgänge, welche zur Schlachtung führen. Beide Fälle aber unterscheiden sich wesentlich darin, daß die Tötung dort (Fall b) durch die Not geboten, hier (Fall d) nur durch die

Vernunft geraten ist. Immerhin greifen beide Fälle solchergestalt in einander über, daß aus den einzelnen Thatumständen erhellen muß, ob freie Verfügung oder casus vorliegt. Es kommt dabei noch ein anderer rechtlicher Gesichtspunkt zur Erwägung: der Käufer ist während der Gewährzeit gegenüber dem Verkäufer, den er redhibitorisch belangen will, zur custodia verpflichtet (cf. H.G.-Buch Art. 348). Diese custodia verpflichtet, aber berechtigt auch den Käufer zu denjenigen Maßregeln, welche sich zur Erhaltung eines Tieres als Wertobjekt als nötig erweisen: wohin auch die Tötung gehören kann. Thatfrage ist in solchem Fall, ob sich die Tötung des Tieres als eine notwendige Fürsorge für die Werterhaltung des Tieres erweist, oder ob der Käufer das Tier vielmehr unter Umständen getötet hat, daß er sich desselben entäußern und auf die redhibitoria verzichten wollte. —

Die Grenze ist bedenklich und schwer zu bestimmen, der Käufer wird sich nur in äußerster Not entschließen, das Tier durch Schlachtung zu töten und damit den Beweis auf sich zu nehmen, daß er die Tötung nur zur Fürsorge für die Werterhaltung — für die Interessen des Verkäufers vollzogen habe. —

5. Was ist rechtens, wenn in einem Währschaftsprozeß der Sachverständige kognosziert, daß der geltend gemachte Hauptmangel (Perlsucht, Lungensucht, Finnen) beim lebenden Tier nicht zu erweisen, also zur Sicherheit des Beweises die Schlachtung zu vollziehen sei? Zweifellos steht dem Verkäufer kein Recht zu, die Schlachtung (zum Gegenbeweis) zu fordern, ebensowenig liegt es im officium judicis, richtiger in der Machtbefugnis des Richters, die Schlachtung zu verfügen. Ebenso selbstverständlich aber ist es, daß der (beweispflichtige) Käufer das Recht hat, sein Tier zu schlachten. Aber die Frage ist nun eben die, welchen Einfluß diese Maßregel ausübt auf das Rechtsverhältnis der Parteien, auf den Rechtsanspruch des Käufers. Die Antwort ergiebt sich aus den bisherigen Ausführungen: Der Ausspruch des Sachverständigen, daß sich der Hauptmangel nur am geschlachteten Tier werde feststellen lassen, versetzt den Käufer nicht in die Notwendigkeit, das Tier zu

schlachten. Thut er es doch, so liegt eine freie Verfügung, kein casus vor: der Käufer begiebt sich der a. redh. Aber wenn am geschlachteten Tier der Hauptmangel sich findet, so rückt nun die ästimatorische Klage (Art. 4 Abs. 2) an die Stelle der redhibitorischen ein, ein Fall der zulässigen Klageänderung: der Grund der Klage, nämlich der Kauf eines mit einem Hauptmangel behafteten Tieres bleibt, weil aber mit dem Kaufsobjekt nachträglich eine Veränderung vor sich gegangen ist, verwandelt sich der Klageanspruch aus der redhibitoria in denjenigen aus der aestimatoria. Dabei kann es nicht schaden, wenn in dem Zeitpunkt, da die Klage geändert werden muß, die Gewährfrist des Art. 1 abgelaufen ist. Denn das Gesetz fordert in Art. 6 nur, daß innerhalb der Frist Klage erhoben sei; ist dies geschehen, so können die Ansprüche des Käufers je nach der Veränderung des Streitobjekts eine verschiedene Gestalt annehmen. — Immerhin mag ein vorsichtiger Anwalt prüfen, ob es möglich und rätlich sei, beide Klagen von Anfang an zu verbinden.

6. Der Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch enthält zu unserm Gegenstand folgende Rechtssätze:

Das einzige Rechtsmittel ist die Wandlungsklage II. Lesung § 422 Abs. 1 (III § 481). Diese Klage besteht fort, ob das Tier durch Zufall zu Grunde geht, § 403 vgl. mit § 301 (III § 401 vgl. mit § 344), oder ob es geschlachtet wird, § 422 Abs. 2 (III § 481 Abs. 2), im letzteren Fall besteht aber der Anspruch des Käufers im Ersatz des Kaufpreises weniger den Wert, welchen das lebende Tier gehabt hat; man kann hier von einer modifizierten Wandlungsklage reden. Indem aber der Entwurf dem kasuellen Untergang alle anderen Fälle der Tötung des Tieres gegenüberstellt: culpa, Spezifikation, Schlachtung, so ergiebt sich, daß wieder die unbeschränkte, nicht modifizierte Wandlung an die Stelle tritt, wenn die Schlachtung sich unter den Gesichtspunkt des casus stellt.

Hienach stimmt im Prinzip das Recht des Entwurfs mit dem Ergebnis unserer Erörterungen (oben Ziff. 2 und 3) überein: stellt sich das Schlachten als ein kasueller Untergang

des Tieres dar, so steht dem Käufer die (reine) Wandlungsklage zu, liegt aber der gewöhnliche Fall vor, daß aus freier Verfügung geschlachtet wird, so gewährt der Entwurf einen Anspruch, der nun als eine modifizierte Wandlungsklage an die Stelle der heutigen modifizierten ästimatorischen Klage treten soll. —

Mit dem Entwurf stimmt das B. Gb. überein: §§ 487 Abs. 1, 467, 346; §§ 487 Abs. 2, 351—353; §§ 467, 350; Hiernach ausschließliche Geltung der Wandlungsklage; diese ohne jede Einschränkung, wenn casus vorliegt, modifizierte Wandlungsklage in den Fällen des Schlachtens, der Spezifikation, der Veräußerung und in jedem andern Fall, der vom Käufer zu vertreten, also nicht casus ist. —

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

37.

Tradition von Liegenschaften; Eigentumserwerb auf Grund eines nichtigen Liegenschaftskaufvertrags?

Durch Kaufvertrag vom 18./23. Mai 1883 haben die Kläger vom Beklagten dessen Hofgut um 30000 Mk. erkauft. Mit Dekret vom 10. November 1883 hat die K. Kreisregierung zu Ellwangen die stückweise Wiederveräußerung der genannten Liegenschaft (i. S. des Art. 11 Abs. 2 Ziff. 5 des Liegenschaftsgesetzes) genehmigt. Am 18. Juli 1883 haben die Kläger einen Teil des Hofguts um 8571 Mk. an den Beklagten zurückverkauft (vergl. Jahrb. Bd. 6 S. 146 ff.), am 6. März 1884 einen weiteren Teil um 5385 Mk. Bei diesen beiden Verkäufen haben nicht sämtliche Verkäufer die Vertragsurkunde unterzeichnet.

Ein im September 1885 von den Klägern gegen den Beklagten eingeleiteter Prozeß, gerichtet auf Aufhebung des Kaufs vom 18. Juli 1883, ist durch Vergleich vom 23. September 1885 beendet worden, dessen Bedingungen der Beklagte jedoch nicht erfüllt hat. Nachdem eine Klage, die die Kläger 1886 gegen den Beklagten erhoben und auf den Vertrag vom 18. Juli 1883 gestützt hatten, rechtskräftig abgewiesen worden war (vergl. Jahrbücher a. a. O.), erhoben Kläger 1894 eine neue Klage gegen den Beklagten, worin sie dessen Verurteilung zur Herausgabe der an ihn (zurück-) verkauften Liegenschaft gegen Ersatz

des bezahlten Kaufpreises, soweit dessen Betrag denjenigen von Gegenforderungen der Kläger übersteige, beantragten; sie stützten ihre Klage darauf, daß die Kaufverträge vom 18. Juli 1883 und 6. März 1884 (sowie der Vergleich vom 23. September 1885) nichtig seien und Beklagter demgemäß zufolge der Uebergabe der erkauften Liegenschaft an ihn ungerechtfertigt bereichert sei. Beklagter hat dagegen geltend gemacht: die streitige Liegenschaft sei in Wirklichkeit gar nie Eigentum der Kläger gewesen, sondern immer in seinem Besitz und Eigentum geblieben, sie sei also gar nicht aus dem Vermögen der Kläger in das des Beklagten gekommen.

Dieser Einwand ist in zweiter Instanz verworfen worden. In den

Gründen

wird zunächst ausgeführt, daß im Vorprozeß die Parteien und das Gericht davon ausgegangen seien, daß Kläger an den fraglichen Grundstücken Eigentum erworben und es nachher an den Beklagten zurückübertragen haben. Sodann wird fortgefahren:

VII. Anlangend den Eigentumserwerb seitens der Kläger (der Käufer) hat der vorige Richter den Nachweis einer Tradition nicht als erbracht angesehen.

1) Die Eigentumsübertragung erfordert — abgesehen von dem vorliegend unbestrittenen bisherigen Eigentumsrecht des Veräußerers — den beiderseitigen Uebereignungswillen und die Besitzübergabe. Verlangt man ein vorausgegangenes — wirklich oder doch in der Meinung des Uebergebenden existierendes — Rechtsgeschäft in Absicht auf die Vermögenszuwendung (justa causa praecedens), so wäre dieses Erfordernis hier durch den Kaufvertrag vom 18./23. Mai 1883 gegeben.

2) Der Besitz aber wird mittels Tradition dadurch erworben, daß auf Grund der Willenseinigung der Parteien dem Erwerber die thatsächliche Herrschaft über die Sache eingeräumt wird, sei es daß der Tradent ihm die Sache übergiebt oder ihm gestattet, die Herrschaft zu ergreifen. Was den Besitzerwerb an unbeweglichen Sachen, speziell an frei liegenden, nicht abgeschlossenen Gütern betrifft, so hat man nicht nötig, mit Ihe-

ring [1]) an die Stelle des Erfordernisses der thatsächlichen Herrschaft dasjenige Verhältnis der Person zur Sache zu setzen, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist [2]). Auch schon nach römischem Recht ist zum Besitzerwerb an einem Grundstück nicht unbedingt erforderlich, daß der Erwerber das Grundstück betritt, es genügt, wenn derselbe in ein thatsächliches Verhältnis zu dem Grundstück gesetzt wird, welches ihm ermöglicht, jederzeit beliebig auf dieses einzuwirken [3]). Die in den Quellen angeführten Fälle der Besitzübergabe, auch die, welche man als traditio longa manu zu bezeichnen pflegt, wie der z. B., daß der Tradent dem Erwerber von einem Turm aus das Grundstück zeigt mit der Erklärung, daß er es hiemit übergeben haben wolle [4]), setzen nicht etwa förmliche oder gar symbolische Traditionsakte fest, sondern sind eben Beispiele einer Ueberweisung des Besitzes. Was zum Erwerb der thatsächlichen Herrschaft an offenen Grundstücken gehört, das war wohl schon nach römischem Recht, ist jedenfalls im heutigen Rechtsleben Thatfrage [5]).

Dem vorigen Richter mag darin beigepflichtet werden, daß eine förmliche Tradition in Gegenwart der zu übergebenden Liegenschaft bei uns häufig nicht vorgenommen werde, — besondere Erklärungen über die Besitzüberweisung sind bei uns überhaupt weniger in Uebung [6]), aber auf der andern Seite kann nicht wohl gesagt werden, die Besitzübertragung pflege sich heutzutage in der Weise zu vollziehen, daß der Erwerber mit Einwilligung des bisherigen Besitzers die Liegenschaft erst dann betrete, wenn er einen wirtschaftlichen Anlaß hiezu hat; ein Anlaß der letzteren Art kann z. B. bei einem entlegenen

1) Der Besitzwille. S. 477 ff.

2) Vergl. Entwurf II des D. bürgerl. Gesetzbuchs § 771 (Ausgabe von Reatz S. 407, Note 3).

3) Vergl. Savigny, R. des Besitzes § 15 S. 235 ff. Lang, Sachenrecht I § 5 S. 27.

4) l. 18 § 2 Dig. 41, 1.

5) Vergl. Dernburg, P. I § 175 S. 412 f. (3. Aufl.). Hufnagel, Mitteilungen II S. 61 ff.

6) Vergl. Dernburg cit. S. 413.

Waldstück oder Brachacker sich möglicherweise monatelang nicht ergeben, während der Erwerber die thatsächliche Herrschaft über das Grundstück meist schon früher erlangt haben wird. Hiebei kommt es wesentlich auch darauf an, ob das Grundstück als einzelnes oder ob es als Bestandteil eines zusammenhängenden Ganzen veräußert worden ist. Letzterenfalls, wenn z. B. ein ganzes Hofgut verkauft würde, wird es niemand zum Besitzerwerb für erforderlich erachten, daß der Käufer jedes einzelne Grundstück betritt oder auch nur sich zeigen läßt. Ist ihm namentlich das Wohn- und Wirtschaftsgebäude übergeben worden, so hat er damit, jedenfalls nach heutiger Rechtsauffassung, die thatsächliche Herrschaft über die sämtlichen zum veräußerten Hofgut gehörigen Grundstücke erworben, mögen auch einzelne derselben entfernt, zerstreut, nicht in conspectu liegen [1]).

3) Im gegenwärtigen Fall haben die Kläger einen förmlichen Traditionsakt speziell hinsichtlich der nachmals an den Beklagten zurückverkauften Grundstücke allerdings bis jetzt nicht nachgewiesen. Aber es liegen eine Reihe von Thatsachen vor, welche in ihrem Zusammenhalt und in Verbindung mit dem schon erwähnten früheren Parteivorbringen den Beweis liefern, daß die Kläger (Käufer) auch an jenen Grundstücken Besitz und Eigentum erworben haben.

a) Nach dem Wortlaut des Vertrags vom 18./23. Mai 1883 hat der Beklagte an die Kläger und ihre Genossen verkauft: „sein gesamtes besitzendes Hofgut", mithin sein Hofgut als zusammengehöriges ökonomisches Ganzes. Nach Ziff. 3 soll das Anwesen in demjenigen Umfang und Bestand auf die Käufer übergehen, „wie es da liegt". Diese letztere Erklärung dient allerdings zunächst eben zur Beschreibung und Bestimmung der Vertragsobjekte und enthält, bezw. ersetzt nicht die Tradition selbst, sie zeigt aber ebenfalls, wie die Absicht der Parteien dahin ging, daß das Gut als G a n z e s auf die Käufer übertragen werden solle.

Demgemäß ist, sofern überhaupt eine Tradition an die Käufer erfolgte, die Vermutung begründet, daß ihnen das Gut

1) Vergl. L a n g I § 5 S. 30 u. N. 16.

als Ganzes tradiert und daß damit auch diejenigen Grundstücke übergeben worden seien, welche der Beklagte später zurückerworben hat. Die gegenteilige Annahme wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Parteien sich sogleich nach dem Kaufsabschluß und ehe noch eine Uebereignung an die Käufer erfolgt war, dahin geeinigt hätten, es sollen bestimmte Teile des Anwesens von der Uebergabe an die Käufer ausgenommen werden, im Besitz des Beklagten verbleiben.

b) Das Anwesen ist aber, wie angenommen werden muß, kurze Zeit nach dem Kaufsabschluß vom 23. Mai 1883 den Käufern übereignet worden.

Am 4. Juni 1883 wurde über den Verkauf gerichtlich erkannt. Gleich darauf haben die Kläger über das Anwesen — mit Zustimmung des Beklagten — weiter disponirt. Sie haben eine Fahrnisauktion vorgenommen, Fahrnis und Vieh an Dritte veräußert; sie haben vom 5. Juni 1883 ab mit der Stückveräußerung der erkauften Liegenschaften begonnen. Das schon am 1. Juni angelegte Protokoll hierüber besagt im Eingang, daß Jakob Kaltenbach und Genossen, welche am 18. Mai die Liegenschaft des Christian Bauer käuflich erworben haben, solche wieder im einzelnen verkaufen; bei dieser Stückveräußerung hat der Beklagte selbst am 19. Juni und 1. Juli 1883 einzelne Güterstücke gekauft. Allerdings hatten die Kläger und ihre Genossen sich bei diesen Verkäufen die Genehmigung bis zum gerichtlichen Erkenntnis und bis zur Erlangung der — am 2. Juli 1883 von ihnen nachgesuchten — Erlaubnis der Kreisregierung vorbehalten; dies ändert jedoch daran nichts, daß sie über die Liegenschaften als Eigentümer verfügten; es ist zu unterstellen — das Gegenteil ist auch vom Beklagten nicht behauptet —, daß die Kläger und Genossen die Stückverkäufe ernstlich auf eigenen Namen und für eigene Rechnung vorgenommen haben; sie haben, wie die Vertragsurkunde besagt, „die von ihnen erworbene" Liegenschaft — als eigene, nicht als fremde Sachen — veräußert. Der Schluß ist hiernach berechtigt, daß ihnen die thatsächliche Herrschaft über das Anwesen vom Beklagten wenn nicht sofort

nach dem Kaufsabschluß so doch nach erfolgtem gerichtlichem Erkenntnis übertragen worden sei.

c) Als Hauptteil eines Bauernguts — im ökonomischen Sinn — ist, wie schon vorhin angedeutet, der „Hof", das Haus, anzusehen. Im vorliegenden Fall war das Haus samt Wirtschaftsgebäuden gleichfalls der Mittelpunkt und Sitz der thatsächlichen Herrschaft über das Anwesen, um so mehr, als an dasselbe ein halbes Gemeinderecht geknüpft war.

Dieses Haus mit Scheuer, hälftig dem F. L. gehörig, haben die Kläger samt dem halben Gemeinderecht und eine Reihe von Grundstücken am 16. Juli 1883 an L. verkauft. Durch vorangegangene Beredung zwischen den Parteien war dem Beklagten ein Wohnungsrecht in dem Haus bis zum 26. Juli 1884 vorbehalten worden, welches Recht in dem Vertrag mit L. ausdrücklich anbedungen worden ist.

Wenn nun der Beklagte nach dem Verkauf des Anwesens auf Grund eines ihm durch ausdrückliche Vertragsbestimmung eingeräumten Wohnungsrechtes in dem verkauften Haus zunächst wohnen blieb, so wäre damit ein Verhältnis geschaffen gewesen, vermöge dessen der Beklagte kraft besonderen Rechtes den Besitz namens der Käufer, bezw. namens des nachherigen Erwerbers jenes Hauses weiter innehaben sollte, und es wären damit die Voraussetzungen eines constitutum possessorium vorgelegen [1]).

Die Uebertragung des Besitzes durch eine derartige Vereinbarung wäre auch dadurch nicht ausgeschlossen, wenn die bei oder nach dem Vertrag vom 18./23. Mai 1883 zwischen den Parteien zunächst mündlich getroffene Abrede als eine Nebenberedung zu jenem Vertrag im Sinn von Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes zu betrachten und deshalb formell ungültig gewesen wäre. Wenn sodann zwar in dem Vertrag mit L. die Regierungsgenehmigung zur stückweisen Veräußeruug vorbehalten war und die Ausfolge der Abschriften insolange aufgeschoben

1) l. 28. l. 35 § 5 Cod. VIII 54. l. 18 pr. D. 41, 2. Savigny, R. des Besitzes § 27 S. 368 ff. Entscheid. des Reichsger. V Nr. 49 S. 181 ff.

blieb, so steht dies der Annahme nicht im Weg, daß die zwischen den Parteien getroffene Abmachung wegen des Wohnungsrechts alsbald in Wirksamkeit gesetzt worden sei. Unter allen Umständen macht die (vertragsmäßige, nicht lediglich prekaristische) Einräumung eines Wohnungsrechts an den Beklagten es natürlich, wenn eine anderweite förmliche Besitzeinweisung der Kläger in Haus und Hof nicht erfolgt sein mag.

d) An thatsächlichen Akten, wodurch eine Besitzübertragung an die Kläger bewirkt worden sein kann, fehlt es mithin nicht. Die Annahme aber, daß die Uebereignung des Anwesens an die Käufer jedenfalls, nachdem über den Vertrag vom 18./23. Mai 1883 gerichtlich erkannt worden war, von den Beteiligten bewirkt werden wollte, ist durch die Vertragserklärungen und Handlungen derselben begründet und wird durch das, was der Berufungsbeklagte hiegegen vorbringt, nicht entkräftet; namentlich auch nicht durch die Behauptung, daß der Vollzug jenes Vertrags auf die Erlangung der Regierungsgenehmigung zur stückweisen Veräußerung habe ausgesetzt werden wollen.

Die Gültigkeit dieses Vertrags war rechtlich nicht von der erwähnten Genehmigung abhängig. In dem Vertrag selbst ist der Vollzug desselben nicht von der Erlangung der Regierungserlaubnis abhängig gemacht, es ist nur darin gesagt, der Kaufpreis sei deshalb so hoch gestellt, weil die Käufer einen Teil von dem Gut wieder veräußern können, deshalb habe der Verkäufer die Regierungsgenehmigung zu erwirken und für deren Beibringung zu haften. Es war hiedurch keinenfalls ausgeschlossen, daß gleichwohl schon vor Erhalt der Regierungserlaubnis das Anwesen den Käufern — wenn auch mit dem Vorbehalt der Rückgängigmachung des Handels — übereignet wurde. Das Gegenteil würde auch nicht aus dem Mangel einer Bestimmung über den Zeitpunkt der Uebernahme folgen, ebensowenig aus der Unterlassung des Vorbehalts eines Unterpfandsrechts wegen des Kaufschillings; auch die in dem Vertrag festgesetzten Zahlungsbedingungen lassen nicht erkennen, daß der Vollzug des Vertrags von der Regierungsgenehmigung abhängig gemacht worden sei; im Gegenteil war die erste Rate

des Kaufschillings hiernach unabhängig von jener Genehmigung ¼ Jahr nach dem gerichtlichen Erkenntnis zu bezahlen, welch' letzteres sofort am 4. Juni 1883 erwirkt worden ist.

Selbst wenn aber, wie der Berufungsbeklagte jetzt unter Beweisantritt behauptet, die Käufer bei Abschluß des Kaufvertrags vom 18./23. Mai 1883 die Erlaubnis der Kreisregierung zum Wiederverkauf abwarten wollten, ehe sie den Kauf vollzogen, den sie ohne diese Erlaubnis nicht haben gelten lassen wollen, wenn solches damals von den Käufern mündlich erklärt worden und mit Rücksicht hierauf absichtlich eine Bestimmung über den Zeitpunkt der Uebernahme in dem Vertrag weggelassen worden wäre, so wäre dadurch eine veränderte Beurteilung nicht gerechtfertigt. Das was die Beteiligten demnächst wirklich gethan haben, ist das Gegenteil von dem angeblich beabsichtigten Zuwarten; denn anders als ein Vollzug des Kaufs kann es nach dem Ausgeführten nicht wohl aufgefaßt werden, wenn die Parteien am 4. Juni 1883 über den Vertrag gerichtlich erkennen ließen und die Käufer alsbald begannen, die erworbenen beweglichen und unbeweglichen Objekte auf ihre Rechnung zu veräußern, wobei sie sich im Einverständnis mit dem Beklagten Dritten und der Behörde gegenüber als diejenigen, welche das gesamte Anwesen erworben hatten, als Eigentümer dieses Anwesens bezeichneten und gerierten. Man müßte, auch wenn die Erlangung der Regierungserlaubnis eine von den Beteiligten mündlich vereinbarte Bedingung oder Voraussetzung für den Bestand des Vertrags bilden sollte, unter diesen Umständen annehmen, daß die Tradition des Anwesens, um den Käufern sofort die freie Verfügung darüber zu geben, schon jetzt unbedingt vorgenommen worden sei [1]).

4) Dafür aber, daß die Beteiligten, bevor das Anwesen den Käufern übergeben wurde, eine Ausnahme hinsichtlich der nachmals vom Beklagten zurückgekauften Grundstücke gemacht hätten, fehlt es an einem zureichenden Anhalt. Wie nicht bestritten ist, hatte der Beklagte bei Abschluß des Kaufvertrags vom 18./23. Mai 1883 die ernstliche Absicht, sein gesamtes

1) Cf. Dernburg, P. I § 215 S. 494.

Besitztum zu veräußern; nach der glaubhaften Angabe der Kläger haben den Beklagten dazu die ehelichen Zwistigkeiten, in denen er damals (unbestrittenermaßen) mit seiner Frau lebte, veranlaßt. Der Berufungsbeklagte behauptet nun unter Beweisantritt, daß schon seit 1. oder 2. Juni 1883 die Kläger dem Beklagten angetragen haben, er solle einen Teil der Güter „behalten“, daß schon in den ersten Tagen nach dem Kaufsabschluß und vor dem Fahrnisverkauf bezw. vor dem gerichtlichen Erkenntnis die Eventualität besprochen worden sei, daß Beklagter einen Teil seiner Güter behalte und der Gegenwert vom Kaufpreis abgehe. Allein mit dem bloßen Ansinnen der Kläger und mit der Besprechung einer bloßen Eventualität war eine Abmachung der Parteien noch nicht zu Stand gekommen. Die fraglichen Unterhandlungen konnten wohl auch nur das bedeuten — und diese Bedeutung ist den Umständen nach zu unterstellen —, es solle dem Beklagten die Möglichkeit vorbehalten oder auch Veranlassung gegeben werden, bei der demnächst von den Klägern vorzunehmenden Stückveräußerung einzelne Teile des Anwesens — die aber erst noch auszuwählen waren — durch Kauf zurückzuerwerben, wie es denn auch später geschah. Eine bestimmte hierauf gerichtete Abmachung, welche in die Zeit vor dem 4. Juni 1883 fiele, kann der Berufungsbeklagte selbst nicht behaupten. Wäre eine Verabredung dahin getroffen worden, Beklagter solle einen Teil des Anwesens behalten, d. h. gar nicht mit übergeben, so hätten die Beteiligten wohl alsbald eine teilweise Wiederaufhebung des Kaufvertrags vom 18./23. Mai 1883 vereinbart, nicht aber — und zwar erst am 18. Juli 1883 — einen neuen förmlichen Kaufvertrag abgeschlossen; letztere Behandlungsweise war, solange der erste Kauf noch nicht vollzogen war, keineswegs eine formelle Notwendigkeit, ist auch nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen des Schriftverfassers, sondern viel eher daraus zu erklären, daß die Kontrahenten sich bewußt waren, die Kläger und ihre Genossen seien durch Vollzug des gerichtlich bestätigten Vertrags vom 18./23. Mai 1883 Eigentümer des gesamten Anwesens geworden und es sei für den Beklagten deshalb nötig,

die fraglichen Grundstücke durch Kauf zurückzuerwerben. Andererseits hätte der Beklagte auch nicht für nötig gefunden, einzelne Grundstücke, wie er am 19. Juni und 1. Juli 1883 gethan, für sich zurückzukaufen, und hätte er nicht den Ertrag zweier Grundstücke, welche er später zurückkaufte, den Klägern abgekauft und ihnen bezahlt; der formellen Behandlung der Verrechnung zu lieb ist letzteres schwerlich geschehen.

5) Wenig erheblich erscheint den angeführten Momenten gegenüber, wenn der Beklagte, wie von diesem behauptet wird, einen Teil der Fahrnis — Ackergeräte — auch nach dem Verkauf des Anwesens in Benützung behalten hat; mit der Uebergabe des Anwesens an die Käufer ist es nicht unvereinbar, daß dem Beklagten ein Teil des Geschirrs vorläufig noch zur Benützung überlassen wurde, er mochte dessen zum Einheimsen des Fruchtertrags, den er von den Klägern erkaufte, oder auch zur Bestellung der einzelnen Grundstücke, welche er von dem Anwesen zurückerwerben wollte, bedurft haben; denn das letztere konnte unbeschadet der Uebergabe des Anwesens allerdings schon bald nachher in Aussicht genommen worden sein. Ebensowenig könnte auf den Umstand, daß der Beklagte vor dem Kaufsabschluß vom 18. Juli 1883 — im Juni — einen oder den andern der Aecker, die er nachher zurückkaufte, geackert hat, ein erhebliches Gewicht gelegt werden, auch wenn er dies für sich, nicht, wie er geltend macht, im Auftrag der Kläger gethan hätte; es mag zur fraglichen Zeit der Rückerwerb des betreffenden Grundstücks durch den Beklagten immerhin in Aussicht genommen gewesen sein und derselbe für alle Fälle die nötige Bestellung des Grundstücks besorgt haben.

VIII. Sind aber hiernach die fraglichen Grundstücke zunächst in Besitz und Eigentum der Kläger (und ihrer Genossen) gelangt, so ist auch die weitere Annahme begründet, daß dieselben in das Eigentum des **Beklagten** zurückübertragen worden sind.

1. In dem Vertrag vom 18./30. Juli 1883 ist bestimmt, daß der Erwerber „von **heute** an in Besitz und Genuß der Vertragsobjekte tritt“. Was den letzteren Ausdruck anlangt,

so ist es nicht gerechtfertigt, hieraus mit dem vorigen Richter etwas gegen die Absicht der Kontrahenten zu folgern, Eigentum — von welchem nicht die Rede sei — zu übertragen. Die zusammengefaßten Ausdrücke: „Besitz und Genuß“ sollen, wie aus andern zur Verlesung gebrachten Vertragsurkunden erhellt, wohl nichts anderes bedeuten, als die Uebertragung des Eigentums, dessen Merkmale hiermit erschöpfend angegeben werden wollen.

Daß freilich das Eigentum dem Beklagten sofort übertragen worden ist, wäre durch jene Vertragserklärung noch nicht dargethan [1]).

2. Soviel ist zunächst außer Zweifel, daß nach Abschluß des Kaufvertrags vom 18. Juli 1883 dem Beklagten der thatsächliche Besitz an den erkauften Objekten überlassen worden ist; auch der Unterrichter hätte (eventuell) die vorläufige Ueberlassung der Detention angenommen, er hält es jedoch nicht für wahrscheinlich, daß die Kläger dem Beklagten sofort das Eigentum haben übertragen wollen, einmal weil sie sich in Ziff. 8 der Vertragsbedingungen die Genehmigung bis zum gerichtlichen Erkenntnis und bis zur Erlaubnis der Kreisregierung vorbehalten hatten, sodann weil der Beklagte die für die Kläger besonders wichtige Verpflichtung der Surrogierung für das Gemeinderecht nicht erfüllt gehabt habe.

Eine sofortige Uebertragung des Eigentums konnten die Vertragschließenden, wenngleich die Genehmigung der Kläger noch vorbehalten und der Vertrag insofern ein bedingter war, gleichwohl beabsichtigen und hiefür würde die erwähnte Bestimmung des Vertrags, daß der Käufer sofort (heute) in den Besitz und Genuß trete, sprechen. Wenn man aber auch im Hinblick auf den Vorbehalt in Ziff. 8 anzunehmen hätte, der Eigentumsübergang habe nach dem Willen der Kontrahenten aufgeschoben bleiben sollen, so geht es doch nicht an, auch für die Folgezeit das Verhältnis als ein nur thatsächliches und vorläufiges zu betrachten.

Sicher ist, daß der Beklagte seinerseits sich nach dem Rück-

1) l. 20 Cod. II. 20.

kauf der Liegenschaften, mindestens seit dem Abschluß des zweiten Vertrags vom 6. Mai 1884, in jeder Weise als Eigentümer dieser Liegenschaften geriert hat, daß er sie animo domini besaß und noch besitzt. Was aber die Kläger betrifft, so haben auch sie ihren Willen, dem Beklagten Rechtsbesitz und Eigentum zu übertragen, verschiedentlich bethätigt.

Wenn je die noch ausstehende Regierungsgenehmigung, welche die Kläger übrigens sicher erwartet zu haben scheinen, einen Abhaltungsgrund für die Uebereignung an den Beklagten gebildet hatte, so war, nachdem am 10. November 1883 jene Genehmigung erteilt worden war, dieses Hindernis wenigstens nach der Auffassung der Parteien weggefallen.

Das gerichtliche Erkenntnis über den Vertrag vom 18. Juli 1883 ist sodann allerdings nicht erwirkt worden und steht dies mit dem weiteren Umstand in Verbindung, daß es dem Beklagten nicht gelang, die vertragsmäßig zugesagte Surrogierung für das Gemeinderecht durchzuführen.

Nun haben aber die Parteien am 6. März 1884 den erneuten Kaufvertrag über den Gras- und Baumgarten sowie weitere 5 (von dem Gemeinderecht gleichfalls nicht berührte) Grundstücke abgeschlossen und sofort über diesen Vertrag gerichtlich erkennen lassen. Wenn auch dieser letztere Vertrag nach der Intention der Parteien insofern nur eine „formelle" Bedeutung hatte, als er von dem Bestand des Vertrags vom 18. Juli 1883 abhängig sein sollte, so weisen doch die Umstände darauf hin, daß nunmehr die dem Beklagten zurückverkauften Grundstücke, zum mindesten die in dem Vertrag vom 6. März 1884 enthaltenen, dem Beklagten zu Eigentum überlassen werden sollten. Nach Abschluß und gerichtlicher Insinuation des letzteren Vertrags hat der Beklagte zufolge der mit den Klägern getroffenen Abrede im Jahre 1884 in dem Gras- und Baumgarten ein Wohnhaus für sich erbaut, welches für ihn der Kläger K. gegen Bezahlung im Akkord erstellte, und er hat demnächst dieses Wohnhaus bezogen.

Dieses Haus hätte den wirtschaftlichen Mittelpunkt für den von dem Beklagten durch die Rückkäufe wieder erworbenen

Teil seines früheren Anwesens, also für sein neues Anwesen bilden sollen, auf welches, einschließlich der weiterhin zu surrogierenden Objekte, man das hälftige Gemeinderecht übertragen wollte.

Hat also der Beklagte dieses Haus im Einverständnis mit den Klägern als das seinige bezogen, so spricht schon die Vermutung dafür, daß ihm damit die sämtlichen zurückerkauften Grundstücke, wenn dies nicht schon zuvor geschehen, nunmehr übereignet worden seien. Der Beklagte hatte übrigens schon zuvor die zurückgekauften Feldgrundstücke wieder für sich in Bewirtschaftung genommen, bestellt, benützt, abgeerntet, alles mit Zulassung der Kläger. Dem Beklagten sollten also zweifellos die zurückerworbenen Grundstücke endgültig überlassen werden: endgültig aber in dem Sinn der Eigentumsübertragung.

Dabei mochte allerdings die Rückgängigmachung der letzteren für den Fall der Nichterfüllung der Surrogierungsverpflichtung vorbehalten sein. Offenbar haben die Beteiligten damals darauf gerechnet, dem Beklagten werde es ohne Schwierigkeit gelingen, die entsprechende Surrogierung für das Gemeinderecht zu bewirken und die Genehmigung der übrigen Gemeinderechtsbesitzer hiezu zu erlangen. Bezüglich der am 6. März 1884 erkauften Objekte ist der Beklagte als vollberechtigter Eigentümer behandelt worden; er war als solcher in den öffentlichen Büchern eingetragen und hat auf dem von ihm neu erbauten Haus ein Unterpfand bestellt. Es ist aber nach den Umständen nicht anzunehmen, daß die Parteien in den Besitz- und Eigentumsverhältnissen hinsichtlich der verschiedenen vom Beklagten zurückgekauften Liegenschaften einen Unterschied gemacht haben, so daß lediglich die im Vertrag vom 6. März 1884 enthaltenen Liegenschaften endgültig, die anderen nur vorläufig übergeben sein sollten.

3. Es fragt sich nun allerdings, ob eine von den Parteien beabsichtigte Eigentumsübertragung nach bestehendem G e s e t z wirklich erreicht werden konnte und bewirkt worden ist.

a) Die Nichtigkeit eines Veräußerungsvertrags wegen Mangels der in Art. 1. 2 des Gesetzes vom 23. Juni 1853

vorgeschriebenen Form hätte die Eigentumsübertragung durch Tradition, wenn anders diese von den Kontrahenten beabsichtigt war, nicht ausgeschlossen. Diese von dem vormaligen Obertribunal schon angenommene und bisher von der Rechtsprechung festgehaltene Ansicht entspricht der richtigen Auffassung von der Bedeutung des Uebereignungsvertrags, welcher regelmäßig nicht von der Gültigkeit des demselben zu Grund liegenden Rechtsgeschäfts, der causa praecedens, abhängig ist[1]). Es darf in dieser Beziehung auf die Ausführungen im Württ. Archiv Bd. XVI S. 149 ff. verwiesen werden.

Die den Verträgen vom 18. Juli 1883 und 6. März 1884 anhaftenden Mängel in der Bezeichnung bezw. der Unterschrift der Kontrahenten hätten also die beabsichtigte Eigentumsübertragung an den Beklagten nicht verhindert.

b) Der erstgenannte Vertrag war jedoch auch als verbotene Stückveräußerung im Sinn von Art. 11 des Gesetzes vom 23. Juni 1853 nichtig; und durch diese Gesetzesbestimmung ist, wie sich aus der Entstehungsgeschichte derselben (in der jetzigen Fassung), aus dem Zweck des Gesetzes und den ständischen Verhandlungen ergiebt, ein wahres gesetzliches Veräußerungsverbot eingeführt[2]).

Durch eine lediglich auf Grund des Vertrags vom 18. Juli 1883 vorgenommene Tradition hätte also Eigentum nicht übertragen werden können. Allein, wenn man auch nicht der Ansicht ist, daß durch die in der Folge erlangte Regierungsgenehmigung die früher erfolgte Tradition in einem derartigen Falle rückwärts gültig werde[3]), so konnte doch, nachdem die Erlaubnis der Kreisregierung am 10. November 1883 erteilt worden war, von nun an ein gültiger Veräußerungsvertrag abgeschlossen werden.

1) cf. Dernburg, Pand. I § 213 S. 491. Lang, S.R. I § 47 IV 3 S. 268.

2) Vgl. Verh. der Kammer der Abgeordn. 1851/53, I. Beilagenbd. S. 971 ff., Protokollbd. VI S. 4439 ff. Württ. Archiv Bd. XVI cit. S. 162. Lang, S.R. I § 16 S. 114 lit. b.

3) cf. Wächter, W. Pr.R. II § 86 S. 662 ff. Dernburg, P. I § 217 Not. 7. Württ. Archiv 19 S. 344.

So konnte auf Grund des Kaufvertrags vom 6. März 1884 und ebenso auf Grund des Vergleichs vom 23. September 1885 Eigentum übertragen werden und die Berufungskläger machen denn auch geltend, daß die Uebergabe durch die beiden erwähnten Rechtsgeschäfte eventuell erneuert worden sei. War nun, wie anzunehmen, schon früher der Beklagte auf Grund des Vertrags vom 18. Juli 1883 in den — wenigstens faktischen — Besitz der erkauften Liegenschaften eingesetzt werden, so ist ihm der juristische Besitz und damit Eigentum dadurch verschafft worden, daß ihm die Kläger zufolge der weiter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gestatteten, die Grundstücke für sich zu behalten und er dementsprechend dieselben nunmehr für sich besaß; er erwarb dann den Besitz, wenn er diesen noch nicht hatte, „solo animo", das Eigentum durch die hierauf gerichtete Willenseinigung [1]).

IX. Durch die vorstehenden Erwägungen widerlegt sich die jetzt von den Klägern vertretene Auffassung, als habe es sich hinsichtlich der fraglichen Grundstücke um einen Eigentumswechsel nur auf dem Papier, den Erwerb eines bloßen „Bucheigentums" seitens der Kläger gehandelt; das Bewußtsein der Parteien, daß ein wirklicher Eigentumswechsel stattgefunden habe, ist von ihnen deutlich zum Ausdruck gebracht worden: so auch bei der Behandlung der Pachtverhältnisse. Im Vorprozeß haben die Kläger von dem Beklagten Ersatz einer Entschädigung verlangt, welche sie an den Pächter F. S. auf die Jahre 1883/85 bezahlen mußten, weil der Beklagte nicht, wie er sich vertragsmäßig verbindlich gemacht habe, in das Pachtverhältnis eingetreten sei. Der Beklagte selbst hat zu diesem Posten erwidert: er habe 22 Morgen auf die Zeit von 1882 bis 1885 an den verstorbenen S. um 1700 M. verpachtet gehabt; den Pachtschilling haben die Kläger nach ihrem Kauf im Herbst 1883 eingenommen; bei seinem Kauf habe Beklagter von diesen Grundstücken zwei Morgen zurückbekommen; er habe

1) Vgl. Dernburg, P. I § 181 Ziff. 2. Windscheid, P. I § 172 a. E. Lang, S.R. I § 47 S. 263, cf. § 5 S. 28 f.

erklärt: er kaufe pachtfrei und es sei Sache der Kläger gewesen, die Pachtlösung herbeizuführen.

Schließlich ist hier auch noch darauf hinzuweisen, daß unter den am 18. Juli 1883 an den Beklagten verkauften Grundstücken sich ein Stück (Parz. Nr. 86, Wiese in den Seewiesen) befindet, welches dem Beklagten nicht gehört hatte, das vielmehr inzwischen die Kläger von G. K. mit einigen andern Stücken gegen Parzelle Nr. 60 eingetauscht hatten. Hier kann doch keinenfalls gesagt werden, der Beklagte habe das Grundstück nicht erworben sondern behalten.

Urteil des II. Civilsenats vom 19. Dezember 1895 in Sachen Kaltenbach und Gen. gegen Bauer.

38.

Recht des Miteigentümers, unter Umständen auch ohne Zustimmung des andern Miteigentümers über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache zu verfügen?

Die Beklagte hat — im Erdgeschoß des ihr zu $^1/_{16}$, der Klägerin zu $^{15}/_{16}$ gehörigen Hauses Nr. 4 der Schwibbogengasse in Heilbronn — die, wie außer Streit ist, jedenfalls gemeinschaftlichen Umfassungsmauern des ihr zugewiesenen Hausanteils behufs Herstellung neuer bezw. Erweiterung bestehender Lichtöffnungen mehrfach trotz Widerspruchs der Klägerin durchbrechen lassen. Auf Klage der Klägerin wurde sie zu Herstellung des früheren Zustands und zu Unterlassung jeder ferneren auf Durchbrechung der Mauern abzielenden Thätigkeit verurteilt.

Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Die Berufung ist unbegründet. Sie knüpft an an den der unterrichterlichen Entscheidung zu Grunde gelegten Rechtssatz, daß der Miteigentümer auch ohne die Zustimmung des

andern Miteigentümers über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache dann verfügen könne, „wenn die Veränderung an der gemeinschaftlichen Sache für die letztere ganz unschädlich sei und der andere Miteigentümer kein wirkliches Interesse daran habe, ob die Veränderung geschehe oder nicht", und sucht des weiteren darzuthun, daß diese vom Unterrichter verneinten Voraussetzungen im vorliegenden Fall zutreffen und somit die von der Beklagten einseitig in Angriff genommene Veränderung (Durchbrechung) der in Rede stehenden Umfassungsmauern, deren Gemeinschaftlichkeit mit der Klägerin anerkannt werde, trotz des Widerspruchs der letzteren gerechtfertigt sei. —

Der Rechtssatz, „daß ein Miteigentümer einseitig über die gemeinschaftliche Sache dann verfügen könne, wenn die Veränderung an derselben für solche ganz unschädlich sei und der Miteigentümer kein wirkliches Interesse daran habe, ob die Veränderung geschehe oder nicht", findet sich nun aber in dieser Formulierung in den Quellen überhaupt nicht und in der Doktrin und Praxis nur vereinzelt ausgesprochen.

In der vom Unterrichter in Bezug genommenen Entscheidung des diesseitigen Senats [1]) ist lediglich gesagt: „Der Grundsatz, daß der Miteigentümer die gemeinschaftliche Sache auch gegen den Willen des Teilhabers insoweit gebrauchen darf, als dieser Gebrauch der Bestimmung der Sache gemäß und dem anderen Miteigentümer nicht schädlich ist, findet nach richtiger, der Billigkeit entsprechender und von der Praxis angenommener Ansicht auch dann seine Anwendung, wenn es sich um Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache handelt, wie eine solche in der Pflasterung eines gemeinschaftlichen Hofraums enthalten ist", und es

1) Württ. Arch. Bd. 23 S. 132, zu vergl. auch Jahrb. der württ. Rechtspflege Bd. V S. 59 ff. — § 743 Abs. 2 B.G.B. bestimmt: „Jeder Teilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstands insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird"; § 747: „Jeder Teilhaber kann über seinen Anteil verfügen. Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen können die Teilhaber nur gemeinschaftlich verfügen." Anm. d. Red.

ist sich hiefür berufen auf Hufnagel, Mitt. Bd. 2 S. 13 f., auf Lang, Sachenrecht I S. 168 und Note, auf Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 299 und auf die Art. 67—70 der Neuen württ. Bauordnung.

Was nun die neue Bauordnung anlangt, welche überhaupt das Nachbarrecht bei Gebäuden in — dem gemeinen Recht und der alten Bauordnung derogierenden Weise regeln wollte [1]), mithin in 1. Linie in Betracht kommt, so ist in den „Gemeinschaftliche Wandungen" überschriebenen Artikeln 66—71 Fürsorge getroffen lediglich für gemeinschaftliche Scheidewände und es ist die Frage, welcher die Motive [2]) nicht vorgreifen wollten, inwieweit die in den Artikeln 67 ff. für gemeinschaftliche Scheidewände aufgenommenen Bestimmungen eine Anwendung auf gemeinschaftliche Mauern überhaupt zulassen, von der Kommission der Kammer der Standesherren [3]) verneint, auch deren Bericht diesbezüglich keinerseits beanstandet werden. Für gemeinschaftliche Mauern anderer Art, als gemeinschaftliche Scheidewände, gilt hienach und, nachdem durch Art. 95 der neuen Bauordnung die alte Bauordnung (S. 36—38) aufgehoben worden ist, schlechthin das gemeine Recht mit seinem allgemeinen Grundsatz, daß „keiner der Miteigentümer auch nur über den geringsten Teil der gemeinschaftlichen Sache einseitig verfügen könne" [4]).

Wenn diesem (gemeinrechtlichen) Satze in dem Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten [5]) noch beigefügt ist: „Nur solche einseitige Verfügungen an der gemeinschaftlichen Sache werden von den Rechtslehrern als zulässig betrachtet, welche entweder in notwendigen Reparaturen oder in für den Miteigentümer völlig gleichgültigen, jedenfalls ganz unschädlichen Veränderungen bestehen", so scheint zwar letzterer Satz auf den an die Spitze gestellten Rechts-

1) S. Lang, Sachenrecht I § 24 Note 12; § 30 Note 8.
2) S. Bitzer, neue allg. Bauordnung S. 593 Mitte
3) Bitzer a. a. O. S. 595 Mitte—596 oben.
4) Fr. 28 comm. div. 10, 3.
5) S. 597 a. a. O.

satz hinauszulaufen, keinenfalls aber wäre derselbe ein dem Miteigentumsrecht besonderer Rechtssatz. Gerade dieses verbietet speziell die einseitige Durchbrechung von Fenstern in gemeinschaftlichen Mauern schlechthin [1]) und es ist dieses Verbot als gemeinrechtliches zumal in den Motiven der neuen württ. Bauordnung [2]) wie auch in der vom Unterrichter angezogenen [3]) Entscheidung anerkannt. Auch bei Lang a. a. O. (S. 168) ist weder im Text noch in den Noten der Satz zu finden, daß unschädliche Angriffe auf die Substanz trotz Widerspruchs des andern Teils zulässig seien. Nur bei Hufnagel, Mitt. a. a. O. und — unter Berufung hierauf und auf einzelne Lehrbücher — in den Entscheidungen des hiesigen vormaligen Obertribunals [4]) findet sich der Satz, daß nach dem Ausspruch der bewährtesten Rechtslehrer einseitige Dispositionen gestattet seien, wenn der andere Miteigentümer nicht nur keinen eigentlichen Schaden, sondern überhaupt kein Interesse dabei habe. Dies lehren denn auch — unter Berufung auf fr. 13 § 1 de S. P. U. (8, 2) und auf Leyser, medit. ad. Pand. spec. 118 med. 1 c. 1 vgl. mit Wernher, lect. comm. l. 10 T. 3 § 7 — Thibaut, Pand. § 128 bei Note e und § 171 bei Note 6 und 8; ebenso Göschen, Vorl. über gem. Civilr. I S. 366 Ziff. 3 und die in Seuff. Arch. 24 Nr. 299 Note 1 Zitierten. Ganz entschieden aber sprechen sich hiegegen aus und gestatten — unter eingehender Würdigung der kritischen Gesetzesstellen (fr. 13 l. c. und fr. 12 comm. div. [10, 3]) — ein einseitiges Vorgehen nur unter der Voraussetzung dringendster Notwendigkeit Voet, comm. ad. Pand. VIII, 2, 16; Gesterding, Lehre vom Eigentum S. 46 f.; Girtanner, Theorie des Miteigentums in den Jahrb. für Dogm. III S. 27 f.; Ruete, die Rechtsverh. hins. gem. Mauern (Bremen 1843)

1) Fr. 40 de P. S. U. 8, 2.

2) Bitzer S. 590 u.

3) In Band V S. 59 ff. der Jahrb. der württ. Rechtspflege veröffentlichten.

4) Seuffert, Arch. XXIV, Nr. 299 Note 1 Nr. 300; zu vergl. württ. Arch. XIII, 235.

S. 7 ff., S. 31 ff.; Hesse, die Rechtsverh. zw. Gutsnachb., 2. Aufl., S. 459, 470, 473—474; Windscheid, Pand. § 169a, Note 3 u. 4; Wächter im Arch. für civ. Pr. Bd. 27 S. 7 ff. und Pand. Bd. II S. 27 Ziff. 2a; s. auch Geib, Inaug.-Diss. über die rechtl. Natur der a. comm. div. Tübingen 1882, S. 42, woneben Andere eine derartige Ausnahme überhaupt nicht erwähnen; s. Puchta, Pand. § 144; Arndts, Pand. §§ 133 und 320; Brinz, Pand. § 131, 176; Böcking, Pand. II § 139 S. 35; Dernburg, Pand. § 196 lit. b—e. —

Aus dem Bisherigen erhellt, daß jener Satz in Hufnagels Mitt. a. a. O. nicht den das Miteigentum als solches betreffenden, vielmehr allgemeinen Rechtsgrundsätzen entnommen werden müßte. In der That giebt es und gab es eine Reihe von Rechtslehrern, welche den allgemeinen Satz aufstellen, daß niemand sein Recht aus bloßer Chikane ausüben dürfe, und daß dies der Fall sei, wo kein wirkliches Interesse an der Rechtsausübung vorliege [1]). — Auch in der Rechtssprechung wird das Verbot bald angenommen, bald verneint [2]). Eine partikularrechtliche Entscheidung der Kontroverse ist in Württemberg im allgemeinen nicht erfolgt. Nur anläßlich der Erörterung der Frage des sog. Neidbaus, des Bauens „zum Tort und Verdruß des Nachbars" traten die Motive zur Neuen allgemeinen Bauordnung der Wächter'schen Ansicht bei und die Kommissionen der beiden Kammern erklärten sich hiemit einverstanden [3]); im Gesetz selbst aber gelangte diese Ansicht nur indirekt in Art. 1 bezw. in dem dortigen Ausspruch der Baufreiheit zum Ausdruck, welche lediglich durch Reichsgesetz oder die in dem gegenwärtigen Gesetze begründeten polizeilichen und

1) S. die Zusammenstellung von Rewolt in Rassow und Küntzel, Beitr. Bd. 24 S. 677 ff., Note 2—5, 7—13. Hesse a. a. O. S. 560, 561, und (als Gegner des Verbots) insbesondere auch Wächter, württ. P.R. II S. 194 und Pand. I S. 169, Note f.

2) S. die Zitate bei Windscheid, Pand. I § 121, Note 3 a. E., auch Regelsberger, Pand. § 54 III, 2 Gierke, Deutsches Pr.R. § 36 I. — Vergl. jetzt B.G.B. § 226. Anm. d. Red.

3) S. Bitzer S. 26, 27, 28 lit. c.

nachbarrechtlichen Vorschriften beschränkt sei, und eine Beschränkung wegen Chikane ist im Gesetz nicht statuiert. — Es kann nun dahingestellt bleiben, ob hienach das Verbot der Chikane in Württemberg nicht bloß für den Fall beseitigt ist, daß jemand baut, lediglich um seinem Nachbar zu schaden, sondern auch für den Fall, daß jemand aus gleichem Grunde gegen ein Bauwesen ein an sich begründetes Einspracherecht geltend macht. Denn unter allen Umständen ist das Verbot auf den Fall zu beschränken, daß ein Recht lediglich zu dem Zweck ausgeübt wird, um einem Andern zu schaden, wo also der Berechtigte an der Ausübung seines Rechts kein irgend welches anderes Interesse hat [1]), es aus bloßer Bosheit ausübt [2]). Der Beweis dafür, daß der Gegner bloß aus Bosheit, bloß um dem Nachbar zu schaden, von seinem Rechte Gebrauch macht, irgend welches andere Interesse bei seinem Widerspruch nicht hat, liegt selbstredend dem von dem Widerspruch Getroffenen ob [3]). Dieser Beweis wird vorliegend durch die Aufstellungen der Berufungsbegründung nicht erbracht (wie näher ausgeführt wird).

Urteil des II. Civilsenats vom 12. Dezember 1895 in Sachen Kohlhammer gegen Entemann.

39.

Verpflichtung zur Führung des Bahnschlittens als privatrechtliche Reallast?

Die beiden Beklagten sind Eigentümer von Grundstücken auf Markung Staudach, Gemeinde Eglofs, O.A. Wangen; diese Liegenschaften waren bis zum Jahr 1892 Bestandteile eines Hofguts, welches in den Jahren 1828—1871 dem Bauern J. A. K. gehörte und nach dessen am 10. April 1871 erfolg-

1) S. Windscheid, Pand. a. a. O.

2) Dernburg, Pand. § 41 bei und in Note 7.

3) S. Hufnagel a. a. O. Windscheid a. a. O. Rewolt a. a. O. Note 13.

tem Tod auf seine Tochter Anna Marie, die Ehefrau des Beklagten J., um eine Uebernahmssumme von 18 000 fl. übergegangen ist. Der Beklagte J. hat durch Vertrag vom 29. Januar 1892 einen Teil des Hofguts, insbesondere die Gebäude, an seinen Schwiegersohn, den Beklagten K., käuflich übergeben. Das den Beklagten gehörige Anwesen befindet sich zu beiden Seiten der Staatsstraße von Wangen nach Isny. Diese Straße führt durch die Teilmarkungen Staudach und Burg; von der Staatsstraße zweigt bei einer Biegung in der Nähe der Grenzen der genannten Teilmarkungen der sogenannte alte Postweg, eine öffentliche Vizinalstraße, ab.

Den Gegenstand des Rechtsstreits bildet die Verpflichtung zum Schneebahnen auf diesem „alten Postweg", soweit er über die Teilmarkung Burg führt.

Die klagende Gemeinde Eglofs behauptet, daß auf dem den Beklagten gehörigen, vormals A. K.'schen Anwesen die Last — als privatrechtliche Reallast — ruhe, auf der vorbezeichneten Strecke des alten Postwegs den Bahnschlitten zu führen, und hat mit der gegenwärtigen Klage den Antrag gestellt:

> durch Urteil festzustellen, daß auf den zu Staudach, Gemeinde Eglofs, gelegenen Hofgütern der Beklagten die Last ruhe, auf dem sogenannten alten Postweg, soweit derselbe durch die Teilmarkung Burg, Gemeindemarkung Eglofs, führt, den Bahnschlitten zu führen.

Die Klägerin gründet ihren Anspruch auf außerordentliche Ersitzung und unvordenkliche Verjährung und hat hiefür im wesentlichen vorgebracht:

In den Landgemeinden des Allgäus bestehe meistens von Alters her die Einrichtung, daß die Last des Schneebahnens streckenweise auf den Grundbesitz verteilt sei, so daß ein einzelner Grundbesitzer oder auch mehrere zusammen das Schneebahnen auf einer bestimmten Strecke als Last auf ihrem Grundbesitz haben, wobei denn auch noch das Bahnschlittenführen einerseits, das Beihelfen durch Schneeschäufeln andererseits auf verschiedenem Grundbesitz ruhe. So sei es auch in der Ge-

meinde Eglofs seit unvordenklicher Zeit. Die Schneebahnlast sei ebenso wie früher die Wegbaulast zwar zum Teil so geregelt, daß die Grundbesitzer einer Teilmarkung die darin liegende Wegstrecke zu bearbeiten haben, zum Teil seien aber auch Strecken auswärtiger Parzellen manchen Gutsbesitzern zugeteilt. Die ganze Einteilung, deren Ursprung nicht mehr bekannt sei, beruhe nicht auf dem Prinzip der Markungslast, sondern auf dem Streben nach gerechter und zweckmäßiger Verteilung der gesamten Last. Für verpflichtet gelte der einzelne Grundbesitzer als solcher ohne Rücksicht darauf, ob er gemeindedienstpflichtig sei oder nicht, und ohne Rücksicht auf den für Frohn- und Gemeindedienste geltenden Maßstab. Die Ortspolizeibehörde überwache die Ausführung. (Nur das Schneebahnen auf der Staatsstraße werde von der Gemeinde besorgt.) Bei diesem Zustand müsse das Vorliegen einer Reallast angenommen werden. Die Gemeinde sei nach öffentlichem Recht wegen der ihr zustehenden Verwaltung der Ortspolizei zu Beseitigung der Verkehrshinderniſſe verpflichtet, es stehe aber nichts im Weg, daß die Gemeinde diese Arbeit auch im Weg einer privatrechtlichen Reallastberechtigung vornehmen lasse, welche im vorliegenden Fall der Gemeinde zustehe, wogegen die Grundbesitzer privatrechtlich verpflichtet seien. In dieser Weise haben auch insbesondere die Besitzer der in dem Klageantrag genannten Liegenschaft von jeher, weit über Menschengedenken, das Führen des Bahnschlittens auf der im Klageantrag bezeichneten Wegstrecke zu besorgen gehabt und es auch in jedem Bedürfnisfall unweigerlich besorgt; so auch der Beklagte J., seit seine Ehefrau das Hofgut erworben habe, bis zum Winter 1886/87, in welchem er erstmals seine Verbindlichkeit bestritten habe.

Zum Beweis für das behauptete Herkommen hat die Klägerin eine Reihe von Zeugen benannt.

Die Beklagten haben das von der Klägerin behauptete Herkommen bestritten und jede rechtliche Verpflichtung ihrerseits in Abrede gestellt.

Die Klage ist abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen worden. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

2. Die Zulässigkeit des Rechtswegs für die erhobene Klage ist nicht in Streit gezogen worden und sie ist auch nicht zu bezweifeln. Wenn für den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Natur des Rechtsverhältnisses maßgebend ist, aus welchem der Anspruch abgeleitet wird [1]), so ist im vorliegenden Fall die privatrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses, welches nach dem Klagevorbringen dem erhobenen Anspruch zu Grund liegen soll, außer Frage. Die Reallastberechtigung, deren Feststellung beantragt wird, würde der Gemeinde Eglofs als korporativem Rechtssubjekt zustehen, hätte ihren Rechtsgrund nicht in einem Subjektionsverhältnis der Verpflichteten zu dem öffentlichen Gemeinwesen, sondern in einem privatrechtlichen Erwerbstitel und der fragliche Anspruch hätte nach der Darstellung der Klägerin, auch wenn er ursprünglich in dem öffentlichen Recht einer früheren Zeit wurzeln sollte, infolge einer neueren Rechtsgestaltung die Natur eines (privatrechtlich geschützten) Individualrechtes angenommen [2]).

Auch durch die Verteidigung der Beklagten, wenn anders dieser ein Einfluß auf die Zulässigkeit des Civilrechtsweges einzuräumen ist, wird die letztere im gegenwärtigen Fall nicht in Frage gestellt. Wäre die von ihnen bestrittene Reallast, wie sie von der Klage geltend gemacht wird, begründet, so hätte der Richter einen privatrechtlichen Anspruch als bestehend festzustellen; ist dieselbe nicht begründet, so ist die Klage, wie in der Vorinstanz geschehen, nicht etwa wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern als materiell unbegründet abzuweisen.

3. Die Beklagten haben auch die „Aktivlegitimation" der Klägerin bestritten. Hierdurch ist indes nicht ein besonderer Streitpunkt von selbständiger Bedeutung geschaffen. Die Aktivlegitimation wäre mit der Existenz des behaupteten Anspruchs selbst, welcher eben der Gemeinde Eglofs zustehen soll, gegeben.

1) Vgl. Gaupp, Vorbemerkg. zur C.P.O. Bd. I S. 4 ff.

2) Vgl. Sarwey, Württ. Archiv XV S. 83 ff. Gaupp a. a. O. S. 5.

4. Der sogenannte alte Postweg ist eine öffentliche Vizinalstraße — über deren Rechtsverhältnisse und gegenwärtige Bestimmung indes Näheres von der Klägerin (abgesehen von der Behauptung, es sei ein Gemeindeweg) nicht vorgetragen worden ist —, also jedenfalls ein öffentlicher Weg, vermutlich frühere Staatsstraße.

Nach dem in Württemberg geltenden öffentlichen Recht ist das Schneebahnen auf den öffentlichen Straßen eine allgemeine polizeiliche Verbindlichkeit der Gemeinden.

Schon nach älteren Verordnungen haben die Gemeinden dann, wenn der allgemeine Verkehr auf den öffentlichen Straßen durch eine Masse gefallenen Schnees gehemmt oder sehr erschwert wird, für das Schneebahnen ohne Rücksicht auf die Unterhaltungspflicht der öffentlichen Straßen „aus den Gründen der Fürsorge für die eigenen Angehörigen sowohl als der allgemeinen bürgerlichen und menschlichen Wechselseitigkeit“ zu sorgen, wogegen das Abschäufeln des Schnees, soweit es zur Erhaltung oder Reinigung der Straße erfordert wird, Gegenstand der Fürsorge Desjenigen sein soll, dem die Unterhaltung der Straße obliegt [1]).

Die Obliegenheit der Gemeinde, bei zusammengesetzten Gemeinden der Gesamtgemeinde, für Entfernung von Schneemassen durch Bahnen der öffentlichen Straßen, desgleichen für Abräumung der etwa des Schneebahnens unerachtet auf Staatsstraßen sich ansammelnden Massen von Schnee oder Eis zu sorgen, ist wiederholt, auch durch Entscheidungen des Geheimenrats (vom 26. Mai 1833, 13. Mai 1837, 2. September 1846, 9. November 1858/18. April 1859) anerkannt und hiebei aus der der Gemeinde zustehenden Verwaltung der Ortspolizei abgeleitet worden, vermöge deren die Gemeinde verpflichtet sei,

---

1) Generalreskripte vom 30. Dezember 1605 und 3. Februar 1784 bei Reyscher, Gesetzessammlung XII S. 601, XIV 995. Ministerialerlaß vom 4. Juni 1838 (I. Ergz.-Bd. zum Reg.-Bl. S. 266).

2) Vgl. Württ. Archiv Bd. V S. 427. Gaupp, W. Staatsrecht, 2. Aufl. § 93 S. 325 Note 4, Amtsblatt des K. Ministeriums des Innern von 1877 S. 64 ff.

für Wiederherstellung des durch Naturereignisse gehemmten gefahrlosen Verkehrs auf öffentlichen Straßen zu sorgen [1]).

Das Schneebahnen auf öffentlichen Nachbarschaftswegen ebenso wie auf Staatsstraßen ist eine öffentlichrechtliche (polizeiliche) Aufgabe der Gemeinden.

5. Die Klägerin giebt dies auch an sich und speziell mit Rücksicht auf die in Frage stehende Straße grundsätzlich zu; sie behauptet und begründet aber einen privatrechtlichen Anspruch der Gemeinde Eglofs gegen die Grundbesitzer in den Parzellen des Gemeindebezirks dahin: es stehe nichts im Wege, daß die Gemeinde die Arbeit des Schneebahnens wie durch öffentlichrechtliche Gemeindedienste der Einwohner oder durch privatrechtliche Dienstmiete so auch im Wege privatrechtlicher Reallastberechtigung vornehmen lasse; eine solche Reallast nun bestehe in der Gemeinde Eglofs seit unvordenklichen Zeiten, so zwar, daß berechtigt die Gemeinde, verpflichtet die Grundbesitzer als solche seien, unter welchen die Last des Schneebahnens in bestimmter Weise — streckenweise — nach altem Herkommen verteilt sei.

Die abstrakte Möglichkeit eines derartigen Rechtsverhältnisses läßt sich nicht bestreiten. Die fragliche Verpflichtung hätte, wenn sie als privatrechtliche auf dem Grundbesitz ruhende wirklich bestände, den Charakter einer Reallast. Den Gegenstand einer Reallast könnten solche im Bedürfnisfall zu leistende Arbeitsdienste wohl bilden und berechtigt zu einer Reallast kann eine juristische Person, der Staat (fiscus), die Gemeinde sein. Es ist sodann auch bei uns gesetzlich möglich, daß eine Verbindlichkeit, welche sonst gewöhnlich einem öffentlichen Verband, einer politischen Gemeinde obliegt, vermöge eines besonderen privatrechtlichen Titels oder Herkommens von einer dritten Privatperson zu erfüllen ist; so können privatrechtliche Verbindlichkeiten von Grundbesitzern zu Unterhaltung öffentlicher Wege bestehen und können Dienstleistungen für öffentliche Zwecke einzelnen Gemeindegliedern oder Grundbesitzern aus

1) Vgl. Württ. Archiv Bd. 5 S. 427; Gaupp, W. Staatsr. 2. Aufl. § 93 S. 325 Note 4; Amtsblatt des Minist. des Innern von 1877 S. 64 ff.

privatrechtlichen Gründen, z. B. auf Grund eines Realgemeinderechts, obliegen [1]).

6. Die Klägerin hätte aber den Erwerb und den Inhalt des behaupteten Rechts und zwar als eines privatrechtlichen zu beweisen. Sie beruft sich, indem sie zugiebt, daß ein Rechtstitel für die Entstehung der Reallast nicht nachweisbar sei, auf außerordentliche Ersitzung und unvordenkliche Verjährung. Es mag davon ausgegangen werden, daß nicht bloß die unvordenkliche Zeit für den Erwerb von Reallasten geltend gemacht werden, sondern, wie die württembergische Praxis in Anwendung der Servitutengrundsätze annimmt, eine Reallast, soweit überhaupt die Neubegründung einer solchen gesetzlich noch zulässig ist, auch durch Ersitzung erworben werden kann [2]). Und es mag weiterhin unterstellt werden, es sei durch die in erster Instanz erfolgte Zeugenvernehmung der Sachverhalt thatsächlich erhoben: daß in der Gemeinde Eglofs seit unvordenklicher Zeit das Schneebahnen auf den öffentlichen Nachbarschaftswegen von den Grundbesitzern, von jedem entweder auf einer bestimmten Strecke allein oder auf einer Strecke mit anderen Grundbesitzern derselben Parzelle gemeinschaftlich, geleistet worden sei in der Meinung, hiezu verpflichtet zu sein; daß in dieser Weise speziell die Grundbesitzer der Parzelle Staubach und so auch die Beklagten, bezw. ihre Rechtsvorgänger auf der streitigen Wegstrecke bis in die neueste Zeit (1885) den Bahnschlitten geführt und sich hiezu für verpflichtet erachtet haben.

7. Mit diesem Beweisergebnis ist jedoch die Existenz einer privatrechtlichen Reallast noch keineswegs dargethan.

a. Die in Frage stehenden Dienstleistungen, das Schneebahnen und Schneeschäufeln auf öffentlichen Wegen, haben unverkennbar den Charakter von Frohnen, das sind persön-

1) Vergl. Lang, S.R. I § 17 S. 97, 98 lit. c. Sarwey im Württ. Archiv Bd. 15 S. 84 ff. Württ. Gerichtsblatt VIII S. 347. Württ. Archiv 19 S. 443. Rev. Gemeindebürgerrechtsgesetz v. 4 Dez. 1833 Art. 5 E. Gesetz vom 16. Juni 1885, betr. die Gemeindeangehörigkeit (Regbl. S. 257) Art. 62, Anmerkg. S. 279.

2) Lang, S.R. II § 133 S. 62 Ziff. 3. Württ Archiv IV S. 417.

liche körperliche Dienste, welche unentgeltlich (oder doch nur gegen eine mit dem Wert in keinem Verhältnis stehende Gegenleistung) zu verrichten sind [1]).

Die Frohnen haben nach ihren verschiedenen Entstehungs- und Rechtsgründen und nach der Person des Berechtigten eine verschiedenartige rechtliche Natur. Nach der letzteren Richtung hat man meist und schon von Alters her unterschieden: Landesfrohnen — Gemeinde- oder Kommunalfrohnen — Herrenfrohnen (auch Guts- oder Gültfrohnen).

Die Gemeindefrohnen haben ihren Ursprung in dem Gemeindeverband oder weiter zurück in einer Markgenossenschaft; die Gutsfrohnen sind entsprungen entweder aus der mittelalterlichen Vogteihörigkeit oder Gutsherrschaft, oder beruhen sie auf einem Lehensverhältnis oder auf Vertrag. Wenn aber ähnliche Entstehungsgründe zum Teil bei der einen wie bei der anderen Art der Frohnen eingewirkt haben mögen, so gehören doch nur die letzteren, die Gutsfrohnen, dem Privatrecht an.

Die hiernach sich ergebende, freilich erst von der neueren Wissenschaft scharf begrenzte Einteilung in öffentliche und Privatfrohnen tritt doch schon zu Anfang dieses Jahrhunderts hervor, jedenfalls sind schon früher die nach heutiger Rechtsauffassung öffentlichrechtlichen Gemeindefrohnen bestimmt von den Gutsfrohnen (in Württemberg auch „lagerbüchlichen") Frohnen unterschieden worden [2]).

b. Hier nun liegt von vornherein, da das Schneebahnen öffentlichen Zwecken dient, im allgemeinen Interesse liegt, die Annahme am nächsten, daß es sich bei den fraglichen Dienstleistungen um Kommunalfrohnen handele; diese mögen entweder schon von Anfang an auf dem politischen Gemeindeverband be-

1) Mittermaier, D. Pr.R. I § 191 S. 514 f. Eichhorn, D. Pr.R. § 248 S. 617. Beseler, D. Pr.R. I § 98 S. 423. Walther, D. Pr.R. § 536 S. 609.

2) Cf. F. A. G. Weckherlin, Darstellung der Grundsätze, nach welchen Frohndienste rc. auszuteilen und auszugleichen sind. 1798. § 10, S. 11 ff., § 31 S. 32 ff. Weishaar, W. Privatrecht, 1. Aufl., I § 387, S. 394. Reyscher, W. Privatrecht I S. 459 § 258. Gerber, D. Privatrecht § 186, Note 2.

ruhen, was um so eher möglich wäre, als die Gemeinde Eglofs schon in alter Zeit ein politisches Gemeinwesen gebildet hatte [1]), oder auf eine ehemalige Markgenossenschaft zurückzuführen sein. — Es sind freilich auch andere Entstehungsgründe der in Frage stehenden Verpflichtung denkbar.

Wenn der Zeuge C. K. sich „schon gedacht hat", es werde in alten Zeiten ein Vertrag zwischen den Hofgutsbesitzern abgeschlossen worden sein, so läßt sich das in der That hören; die abgelegen und zerstreut sitzenden Hofbauern der Gemeinde Eglofs, welche behufs der Ermöglichung des Verkehrs zur Winterszeit auf nachbarliche Beihilfe angewiesen waren, mochten das gegenseitige Schneebahnen einander zugesagt oder es mag aus einer ursprünglichen nachbarlichen Gefälligkeit sich ein Herkommen gebildet haben; ein solches Recht wäre dann allerdings ein privatrechtliches, aber nicht ein der Gemeinde Eglofs, sondern den betreffenden Hofbauern oder Parzellisten zustehendes. Bemerkenswert ist immerhin, daß nach dem schultheißenamtlichen Protokoll vom 20. Dezember 1889 die Parzellisten von Burg und die auf der Markungsparzelle Burg begüterte fürstlich Windischgrätz'sche Domänenverwaltung es gewesen sind, welche damals als Partei gegenüber den Beklagten auftraten und gegen diese gerichtliche Klage zu erheben beschlossen. Auch das ist nicht ganz ausgeschlossen, daß die fragliche Frohnpflicht mit den früheren gutsherrlichen Verhältnissen im Zusammenhang stund. All das aber sind bloße Möglichkeiten, welche überdies nicht für, sondern eher gegen ein der Klägerin zustehendes Recht in Betracht kämen; als die wahrscheinlichste Annahme drängt sich wie erwähnt die auf, daß die Verpflichtung zum Schneebahnen eine alte Gemeindefrohnpflicht sei.

8. Auch die Berufungsbegründung knüpft an einen Entstehungsgrund der letzteren Art an, giebt wenigstens die Möglichkeit zu, daß in vorwürttembergischer Zeit die fraglichen Lasten als Realfrohnen gegenüber der Obrigkeit, also — nach heutiger Auffassung — als solche von öffentlichrechtlicher

1) S. hierüber Oberamtsbeschreibung von Wangen S. 162 ff.—168.

Natur bezeichnet werden konnten. Die Folgerungen aber, durch welche die Berufung gleichwohl zu einer jetzt bestehenden privatrechtlichen Reallast gelangt, beruhen zum Teil auf unzutreffenden Prämissen und sind keinenfalls schlüssig.

Wenn im Jahr 1806, als Eglofs mit Siggen zuletzt ein Teil des Reichsfürstentums Windischgrätz [1]) an Württemberg kam, die Schneebahnlast als öffentlichrechtliche Gemeinefrohnpflicht bestand, so traf dieser Zustand bei Einführung des württembergischen Rechtes daselbst nicht auf eine Gesetzgebung, welche „keine andere öffentlichrechtliche Verbindlichkeit zum Schneebahnen gekannt hätte, als diejenige der Gemeinde". Es darf hier nur nicht die Verpflichtung der Gemeinde, für das Schneebahnen Sorge zu tragen, vermengt werden mit einer Verpflichtung von Privatpersonen, Gemeindegenossen, die zum Schneebahnen erforderlichen Dienste zu leisten. Jene Obliegenheit der Gemeinde, als eine solche der Polizeiverwaltung, bestund allerdings im Jahre 1806 bezw. 1807 in Alt-Württemberg. Dagegen kannte auch damals das württembergische Recht andererseits Kommunalfrohnen der Gemeindebürger bezw. -Beisitzer und diese letztere Verpflichtung war, — ist jedenfalls nach neuerer Rechtsauffassung von öffentlichrechtlicher Natur. Die Unterstellung aber, es habe in Württemberg keine solche Frohnen mit dem spezifischen Inhalt des Schneebahnens oder Schneeschäufelns gegeben, ist durch nichts gerechtfertigt; gerade diese Dienstleistungen mögen ein nicht seltener Fall der Kommunalfrohnen gewesen sein; auch jetzt noch können sie den Gegenstand von Gemeindediensten nach Art. 47—54 des Gesetzes vom 15. Juni 1885, betreffend die Gemeindeangehörigkeit, bilden. Die Gemeinde selbst als juristische Person oder als Organ der Polizeigewalt kann ja die Arbeiten, deren Besorgung ihr obliegt, nicht thatsächlich ausführen, sie bediente sich hiezu, soweit es gesetzlich zugelassen und im Ortsstatut oder durch Herkommen so geregelt ist, namentlich der Gemeindefrohnen (Gemeindedienste). So verhält es sich auch jetzt noch z. B. hinsichtlich Hilfeleistung bei Brandfällen. Nach den Be-

1) Cf. Oberamtsbeschreibung von Wangen S. 168 ff.

stimmungen der Landesfeuerlöschordnung vom 7. Juni 1885 (Regbl. S. 250) Art. 35 liegt die Abräumung und Abführung des Bauschutts vom Brandplatze der Gemeinde ob; aber „behufs der Erfüllung dieser Verbindlichkeit kann der Gemeinderat den sämtlichen erwachsenen männlichen Einwohnern die Leistung von Handfrohnen und den sämtlichen Besitzern von Zugtieren Spannfrohnen auferlegen".

Die etwa aus der vorwürttembergischen Zeit herstammenden Gemeindefrohnen konnten auch unter der Herrschaft der württembergischen Gesetze ungehindert fortbestehen. Dieselben wären durch die Ablösungsgesetzgebung: II. Edikt vom 18. November 1817 Ziff. V, Gesetz vom 14. April 1848, betreffend die Beseitigung der auf dem Grund und Boden ruhenden Lasten, Art. 1, 2, Gesetz vom 24. August 1849, betr. die Erläuterung &c. des Ges. vom 14. April 1848, nicht aufgehoben oder ausgeschlossen worden, wie denn auch in dem Gesetz vom 28. Oktober 1836, betreffend die Ablösung von Frohnen, durch Art. 1 von den Bestimmungen dieses Gesetzes ausgenommen sind: die Frohnen und Frohnsurrogate, welche für Staats-, Kirchen-, Schul-, Gemeinde- oder andere Körperschaftszwecke zu leisten sind [1]).

Die Gemeindedienste sind in den Gesetzen über das Gemeindebürgerrecht vom 15. April 1828 Art. 52 ff. und vom 4. Dezember 1833 Art. 56 ff. und schließlich in dem Gesetz vom 16. Juni 1885, betreffend die Gemeindeangehörigkeit, Art. 47 ff., neuerdings normiert worden und es wurde bei den Vorarbeiten zu letzterem Gesetz statistisch erhoben, daß im Jahre 1876 noch in zahlreichen Gemeinden des Landes uneutgeltliche Naturalfrohnen bestanden [2]).

Die von den Zeugen im vorliegenden Fall bestätigte besondere Verteilung der Verpflichtung zum Schneebahnen und -schäufeln steht der Annahme von Gemeindediensten keines-

1) Vgl. Reyscher, W. Pr.R. I § 261 S. 468. Schwarz, Grundablösungsgesetz S. 42 f., S. 92.

2) Verhandlungen der Kammer der Abgeordn. 1883/85, Motive, I. Beilagenband S. 435, Komm.-Bericht I, 2 S. 714.

wegs entgegen. Die Gesetze ließen nach dieser Richtung den Gemeindestatuten und -Observanzen einen weiten Spielraum [1]).

9. Reallasten im privatrechtlichen Sinn waren und sind die Gemeindefrohnen nicht. Es kann sich sogar fragen, ob diese Dienste, auch wenn sie von den Grundbesitzern zu leisten sind, als eine dingliche Last anzusehen seien. Eine Rechtsvermutung, wie sie das Frohnablösungsgesetz vom 27. Oktober 1837 für die persönliche, gegen die dingliche Eigenschaft der Lasten in Art. 4 und 5 selbst für den Fall statuiert, wenn die Gemeindegenossen an der ihnen obliegenden Frohnverbindlichkeit nicht nach gleichen Teilen, sondern nach dem Umfang ihres Grundbesitzes teilzunehmen haben, wird auch in der Theorie des Deutschen Privatrechts aufgestellt [2]).

Der Umstand, daß, wie einige der Zeugen angegeben haben, auch Frauen zum Schneebahnen verpflichtet seien und daß, wie einer der Zeugen glaubt, durch Krankheit die Verpflichtung nicht aufgehoben sei, wäre weder für die Annahme privatrechtlicher noch auch nur für die einer dinglichen Eigenschaft der Last von erheblicher Bedeutung. Wenn Frauenspersonen nach früheren Gesetzen (vgl. revid. Bürgerrechtsgesetz von 1833 Art. 59 Z. 1, dagegen wieder Gesetz vom 16. Juni 1885 Art. 48 Abs. 2) von Frohndiensten befreit waren, so konnte dies in Eglofs herkömmlich anders geregelt sein. Krankheit befreit auch nach den älteren Gesetzen nicht schlechthin von den Gemeindediensten (Gesetz von 1833 Art. 58 Abs. 3, Gesetz von 1855 Art. 51).

10. Ein unberechtigter Sprung in der Argumentation der Klägerin ist es aber, wenn sie schließt: eine früher öffentlichrechtliche Verpflichtuug der Gemeindeangehörigen habe sich, nachdem Eglofs württembergisch geworden, in eine privatrechtliche, eine solche gegen die Gemeinde als Rechts- und Vermögens-

1) Vgl. Kommunalord. v. 1. Juni 1758 Kap. 9, 3 a, §§ 6 ff. Weckherlin a. a. O. § 21 S. 32, § 28 S. 41. Mohl, Staatsrecht II § 150 S. 134 f. Sarwey, Württ. Staatsrecht I § 54 S. 231.

2) Mittermaier, D. Pr.R. § 190 S. 514 N. 4. Reyscher, W. Priv.R. 1 § 258 in fine. Weckherlin, a. a. O. S. 34.

subjekt verwandeln müssen. Die Dienste konnten in derselben Weise nach wie vor der **Ortsobrigkeit** geleistet werden. Eine Verwandlung des Verhältnisses in ein privatrechtliches könnte zudem nicht von selbst und unter der Hand erfolgt sein, sie würde eine bestimmte Veranlassung, einen Akt des Rechtsübergangs oder der Neubegründung eines Rechtes voraussetzen und müßte irgendwie auch nach außen zu Tag getreten sein.

Zum Nachweis eines Erwerbs durch Ersitzung und eventuell zum Nachweis der Immemorialverjährung, welch' letztere allerdings nicht einen Erwerbsgrund subjektiver Rechte bildet, sondern nur eine Rechtsvermutung für den Erwerb solcher Rechte schafft, hätte die Klägerin darzuthun, daß **derjenige** Rechtszustand, welcher dem behaupteten Recht entspricht, während der Verjährungszeit, bezw. seit unvordenklicher Zeit ausgeübt worden sei, daß also während des betreffenden Zeitraums das Schneebahnen von den Beklagten und ihren Besitzvorgängern geleistet worden sei in der Meinung, eine privatrechtliche Verpflichtung gegen die **Gemeinde** als das berechtigte Subjekt zu erfüllen. Es fragt sich, ob nicht die Unvordenklichkeit eines Rechtsverhältnisses der letzteren Art schon dadurch entkräftet ist, daß, wie die Klägerin wenigstens als möglich zugiebt, in der Zeit vor den letzten zwei Generationen die fraglichen Dienste als Frohnen der Obrigkeit geleistet worden sind, wonach also der Rechtszustand vor Menschengedenken eben **nicht** derjenige einer (privatrechtlichen) Reallast gewesen wäre. Hievon abgesehen aber ist ein Beweis für die Ausübung des geltend gemachten Rechts auch für die Verjährungszeit in keiner Weise erbracht. Die vernommenen Zeugen haben darüber nichts ausgesagt, **wen** man für den Berechtigten angesehen, **wem** man die Dienste zu leisten vermeint habe; sie hätten wohl auch nicht anzugeben vermocht, ob dies die Ortsobrigkeit oder ob es die Gemeinde als Vermögenssubjekt gewesen sei; man leistete die Dienste eben, weil man sich dazu für verpflichtet hielt. Einer der Zeugen sagt, man habe es so angesehen, daß den Pflichtigen bei Unterlassung eine **Strafe** seitens des Schultheißenamts drohen würde; das würde doch

wohl eher die Auffassung bekunden, man schulde den Dienst der Obrigkeit, wenn überhaupt die Verpflichteten sich hierüber Gedanken gemacht haben. Andererseits kann man es nicht, wie die Berufung will, für die Auffassung der Klägerin verwerten, wenn gegen ungehorsame Pflichtige nicht eine Polizeistrafe verhängt wurde, sondern die Gemeinde diesfalls das Schneebahnen durch Dritte besorgen ließ und Kostenersatz von den Pflichtigen verlangte (vgl. übrigens auch Art. 52 des Gesetzes vom 15. Juni 1885). Der Ortsvorsteher bezw. der Gemeinderat mögen eine Strafbefugnis in solchen Fällen wohl für zweifelhaft erachtet haben. Wenn der Schultheiß die säumigen Pflichtigen — wie nach dem Zeugnis des Amtsdieners N. nach dem Jahre 1885 den Beklagten J. — zum Schneebahnen auffordern ließ, so kann er damit ebensowohl die Erfüllung eines Gemeindedienstes als einer etwa der Gemeinde zustehenden Reallast verlangt haben.

Schließlich spricht gegen das Bestehen einer privatrechtlichen Reallast noch ganz erheblich der Umstand, daß von einer solchen in den öffentlichen Büchern der Gemeinde Eglofs nichts eingetragen ist.

11. Unter diesen Umständen kann unentschieden bleiben, ob eine Reallast, wie sie Klägerin geltend macht, nicht als eine eigentliche bäuerliche Last im Sinne der Ablösungsgesetze von 1817/49 (s. oben) zu betrachten wäre, ob sie von der Bestimmung des Art. 7 des Gesetzes vom 24. August 1849 betroffen würde; ob für eine Reallastberechtigung dieser Art, wenn auch nicht die Berufung auf unvordenkliche Zeit, so doch die Ersitzung ausgeschlossen bezw. unterbrochen worden wäre. Gleichermaßen kann dahingestellt bleiben, ob den Beklagten gegenüber einer solchen Last der Schutz des Art. 15 des Pfandentwickelungsgesetzes zu statten käme.

Urteil des II. Civilsenats vom 19. Dezember 1895 in Sachen Gemeinde Eglofs gegen Zehle und Gen.

40.

1. Aquilisches Gesetz; Haftung für Unterlassung der durch eine vorausgegangene Thätigkeit gebotenen Schutzmaßregeln;
2. Haftung eines Gesellschafters für schuldhafte Handlungen oder Unterlassungen seines Mitgesellschafters?

Die Gemeinde Zuffenhausen hatte im Jahr 1893 die Fertigung von Grabarbeiten zu einer Wasserleitung an die beiden Beklagten H. und R. verakkordiert. In Ausführung dieses Akkords wurde in der Mitte der Böhringerstraße daselbst ein Längsgraben ausgehoben und davon abzweigend ein kleiner Quergraben bis zu dem an der Böhringerstraße gelegenen Hause des Schreiners G. In diesen Quergraben ist die Klägerin am 12. Oktober 1893, abends zwischen 7 und 8 Uhr, als sie auf dem Heimweg zu ihrer in der Böhringerstraße gelegenen Behausung begriffen war, gestürzt, wobei sie das Bein gebrochen hat. Sie hat im Weg der Klage Entschädigung von den beiden Beklagten verlangt; festgestellt wurde, daß dem Beklagten H. gemäß Vereinbarung der beiden Beklagten allein die technische Ausführung der Grabarbeiten in Zuffenhausen oblag. Der Beklagte H. ist zur Bezahlung einer Entschädigung an die Klägerin verurteilt, die Klage gegen den Beklagten R. dagegen abgewiesen worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Der Ersatzanspruch ist aus dem aquilischen Gesetz begründet.

Der Quergraben, in welchem die Klägerin verunglückte, war an einem dem Verkehr dritter Personen zugänglichen Orte gegraben worden. Denn wenn auch die Böhringerstraße wegen der Grabarbeiten dem Fuhrwerksverkehr und dem allgemeinen Verkehr abgesperrt war, so bezog sich diese Absperrung nicht auch auf die Bewohner der Böhringerstraße, es war vielmehr für diese ein besonderer zu dem und über den fraglichen Quergraben führender Fußweg zwischen der Häuserreihe und

dem Erdauswurf des Längsgrabens freigelassen und hergerichtet worden.

Wer aber eine positive Handlung vornimmt, welche Dritte zu beschädigen geeignet ist, wer insbesondere an einem dem (befugten) Verkehr dritter Personen zugänglichen Orte eine Grube aushebt oder eine sonstige bauliche Veränderung veranlaßt, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nach besonderer gesetzlicher Vorschrift [1]) verpflichtet, die zum Schutz erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu treffen, durch Verdecken oder Verwahren der Grube die Gefährdung Anderer auszuschließen. Die Versäumung dieser durch eine vorausgegangene Thätigkeit gebotenen Schutzmaßnahmen, speziell die Nichtverwahrung einer selbstgegrabenen Grube an einer dem Verkehr offenen oder doch zugänglichen Stelle macht nach aquilischem Gesetz [2]) für die Unfälle haftbar, welche durch diese Unterlassung, durch das Nichtverwahren der Grube veranlaßt worden sind.

Diese Verpflichtung zur Absperrung oder Bedeckung der Grube wurde hier in schuldhafter Weise verletzt. (Dies wird näher dargelegt, sodann ausgeführt, daß den Beklagten H., nicht aber den Beklagten R. ein Verschulden in Betreff der Nichtverwahrung des Quergrabens treffe; sodann wird fortgefahren:) Ist sonach ein eigenes Verschulden des 2c. R. nicht dargethan, so fragt es sich noch, ob er nicht auch ohne eigenes Verschulden für einen von seinem Mitgesellschafter in Ausführung einer das Gesellschaftsunternehmen betreffenden Arbeit begangenen schuldhaften Beschädigung eines Dritten einzustehen habe. Dies ist jedoch vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus zu verneinen.

Für die offene Handelsgesellschaft wird zwar angenommen, daß für ein Delikt (z. B. die Beschädigung eines Dritten), welches ein vertretungsberechtigter Gesellschafter in innerem Zusammenhang mit dem von ihm besorgten Geschäftsbetrieb der Gesellschaft (so durch mangelhafte Beaufsichtigung eines

1) St.G B. § 367 Nr. 14, vergl. mit der Entsch. des Reichsgerichts in Gruchot's Beitr Band 37 S. 1001.

2) l. 28 pr. D. 9, 2.

für eine Gesellschaft übernommenen Bauwesens) begangen hat, auch die Gesellschaft selbst — und damit nach Art. 112 H.G.B.s auch die anderen Gesellschafter — haftbar seien [1]).

Es beruht dies nicht auf einer ausdrücklichen Bestimmung des H.G.B.s; der Art. 114 Abs. 2 daselbst spricht nur von Verpflichtungen der Gesellschaft durch „Rechtsgeschäfte" eines vertretungsberechtigten Gesellschafters. Auch wurde bei der Beratung des H.G.B.s absichtlich unterlassen, eine unbedingte Haftung der offenen Handelsgesellschaft (und des Prinzipals) für den Schaden, den ein Gesellschafter (oder ein Gehilfe) in Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte einem Dritten zufüge, auszusprechen, weil die Einführung eines solchen Ausnahmegesetzes in Durchbrechung der in Deutschland geltenden Civilrechte bedenklich sei [2]). Die Haftung der offenen Handelsgesellschaft aus solchen Delikten eines Gesellschafters wird vielmehr damit begründet, daß in der Thätigkeit des vertretungsberechtigten Gesellschafters der Wille der Gesellschaft zum Ausdruck komme, dieselbe nur durch ihre Mitglieder handle, die Gesellschafter gleichsam als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft thätig seien und daß daher nach demselben Prinzip, nach welchem eine juristische Person für die Delikte ihrer gesetzlichen Vertreter (nicht auch sonstiger Angestellter) innerhalb des diesen zugewiesenen Geschäftskreises haftbar sei, auch die offene Handelsgesellschaft (und damit zugleich die einzelnen Gesellschafter) für die Delikte der vertretungsberechtigten Gesellschafter in Ausübung dieser Vertretungsthätigkeit aufzukommen hat.

Allein weiter ist auch die Praxis nicht gegangen. Insbesondere nicht, was die Haftung von Prinzipalen und Vollmachtgebern für das deliktische Verschulden ihrer Angestellten und Bevollmächtigten auch innerhalb des anvertrauten Geschäftskreises anbelangt; hier wird noch immer der Grundsatz des gemeinen Rechts als bestehend anerkannt, daß der Prinzipal

1) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 33 S. 32. Seuff Archiv 43 Nr. 45 und die bei Staub, Komm. z. H.G.B. (4. Aufl.) Art. 114 § 5 citierten Entsch. des Reichsgerichts.

2) S. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 15 S. 123 f.

und Vollmachtgeber nur bei eigenem Verschulden, namentlich bei mangelnder Sorgfalt in der Auswahl und in der Ueberwachung, haftbar seien.

Zwischen den Beklagten bestand aber keine offene Handelsgesellschaft, es lag nur die gemeinsame Uebernahme eines einzelnen Grabakkords vor, somit eine gewöhnliche Sozietät. Letztere hat kein selbständiges Dasein; die einzelnen Gesellschafter handeln nicht als Vertreter der Gesellschaft; eine selbständige Verbindlichkeit der Gesellschaft kann nicht entstehen; die einzelnen Gesellschafter können nur in Vertretung der übrigen Gesellschafter, als deren Bevollmächtigte handeln und die Haftung dieser andern Gesellschafter aus den Handlungen ihrer Vertreter regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Da nach diesen Grundsätzen aber ein Vollmachtgeber für das Delikt seines Bevollmächtigten (die Beschädigung eines Dritten), auch wenn es in Ausführung der aufgetragenen Thätigkeit geschehen, ohne eigenes Verschulden nicht einzustehen hat, so ist in solchem Falle auch die Mithaftung der andern Gesellschafter, also hier des Beklagten R., zu verneinen [1]).

Es kann hienach der Umstand, daß die beiden Beklagten als gemeinsame Unternehmer der Grabarbeiten nach außen hervorgetreten sind, die Haftung beider Beklagten für die durch ein deliktisches Verhalten des einen Gesellschafters herbeigeführten Unfälle nicht begründen und daraus, daß angeblich die Beklagten unter sich die gemeinsame Tragung der bei der Ausführung des Akkords sich etwa ereignenden Unfälle verabredet haben, könnte die außerhalb dieses Vertrags stehende Klägerin gleichfalls keine Rechte für sich ableiten.

Die Klage gegen &c. R. ist daher abzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats vom 20. Dezember 1895 in Sachen Rieth und Hermann gegen Mößner [2]).

---

1) S. Motive zu §§ 711, 712 des 1. Entw. eines bürgerl. Ges.-Buchs Bd. II S. 737.

2) Nach dem B.G.B. wird die Beantwortung der in Ziff. 2 der Ueberschrift dieser Nummer bezeichneten Frage zweifelhaft sein, da die Gesellschaft — ähnlich wie die offene Handelsgesellschaft — nach dem Prinzip

41.

Gültigkeit und Auslegung eines Vertrags, wodurch ein Wirt sich verpflichtet, sein Bier aus einer bestimmten Brauerei zu beziehen, wenn sie ihm stets gutes Bier liefert; Pflicht, die schlechte Beschaffenheit des Biers zu rügen.

Der Beklagte hat sich 1883 verpflichtet, vom Kläger, der die Bürgschaft für Bezahlung des Angelds für die vom Beklagten erkaufte Wirtschaft übernahm, das Bier um den Preis, wie es Kläger andern Abnehmern abgebe, abzunehmen, wenn ihm Kläger stets gutes Bier liefere. November 1893 hat Beklagter wegen angeblich schlechter Bierlieferungen die fernere Bierabnahme verweigert, 1894 hat er das Angeld bezahlt. Kläger hat auf Erfüllung des Bierabnahmevertrags geklagt, wogegen Beklagter dessen Gültigkeit beanstandet und geltend gemacht hat, die schlechten Bierlieferungen des Klägers im Oktober und November 1893 haben ihn zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Die Klage ist abgewiesen und die Berufung des Klägers zurückgewiesen worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Die Anfechtung der Gültigkeit des Vertrags vom 9. Oktober 1883 wegen unbestimmten Inhalts hinsichtlich des Gegenstands und des Preises ist nicht gerechtfertigt. Der Vertrag war gerichtet auf künftige Bierlieferungen für die Wirtschaft des Beklagten zu dem sonstigen Kundenpreis des Klägers. Hiemit wurde die Ware und der Preis genügend bestimmt, die Ware durch das Bierbedürfnis des Beklagten, welcher sämtliches Bier vom Kläger zu beziehen hat [1]), und der Preis durch

der gesamten Hand ausgestaltet ist; eine ausdrückliche Bestimmung in Betreff des in Rede stehenden Punktes enthält der Titel „Gesellschaft" (§§ 705—740) nicht. Vgl. in Betreff der Haftung der Gesellschafter für Delikte einzelner Gesellschafter bei Gemeinschaften zur gesamten Hand Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 § 80 Note 106. — Anm. d. Red.

1) Entsch. des Reichs-O.H.G. 14 S. 291.

die Kundenüblichkeit, welcher Preis sich nötigenfalls aus den Büchern des Klägers und der andern Bierwirte oder durch deren Zeugnis feststellen läßt [1]).

Die Zeit des Vertrags ist nach Inhalt desselben lediglich durch die Dauer des Wirtschaftsbetriebs des Beklagten ohne eigene Bierproduktion, im übrigen aber nicht begrenzt. Diese Absicht der Parteien erhellt aus der Bestimmung, daß Beklagter das Bier abnehmen müsse, wenn Kläger ihm „stets" gutes Bier liefere. Solange das Bier gut ist, ist daher der Beklagte, vorausgesetzt, daß er seine Wirtschaft weiter führt und das Bier nicht selbst erzeugt, über seine ganze Lebensdauer an den Vertrag und an den Bierbezug vom Kläger gebunden. Die vertragsmäßige Uebernahme einer solchen rein persönlichen und jedenfalls mit der Lebensdauer erlöschenden Verpflichtung ist durchaus zulässig und verstößt namentlich nicht gegen die Grundsätze der Gewerbefreiheit und der gewerblichen Freizügigkeit (§§ 8 Ziff. 2 und 10 Abs. 1 der Reichs-Gew.O.) [2]).

3. Der weitere Einwand des Beklagten, daß er wegen fortgesetzt schlechter Bierlieferung vom Vertrag zurückzutreten befugt gewesen sei, erscheint begründet.

Beide Parteien sind Kaufleute im Sinne des H.G.B.s; der Vertrag selbst stellt sich als ein Lieferungsvertrag im Sinne des Art. 338 H.G.B.s dar [3]) und ist daher nach den handelsrechtlichen Regeln vom Kauf zu beurteilen.

Das Handelsrecht enthält jedoch Bestimmungen über den Rücktritt von einem Kauf nur für den Fall eines Verzugs des Käufers oder Verkäufers (Art. 354 ff. H.G.B.s). Ein Verzug des Klägers in den Bierlieferungen ist aber weder behauptet noch ersichtlich; es kommt vielmehr nur in Frage, ob der Beklagte wegen Mangelhaftigkeit der Ware vom Vertrag zurücktreten konnte, und hierüber entscheidet das bürgerliche Recht, da das H.G.B. über die Rechte des Käufers

1) Entsch. des Reichs-O.H.G. 7 S. 155.

2) Seuffert's Archiv 39 Nr. 119, 49 Nr. 102.

3) Entsch. des Reichs-O.H.G. 14 S. 291. Gareis bei Endemann, Handb. des Handelsrechts II S. 544 zu N. 24.

im Falle mangelhafter Lieferung nichts enthält, sondern nur die Voraussetzungen, unter welchen diese Rechte geltend gemacht werden können, besonders hinsichtlich rechtzeitiger und ordnungsmäßiger Beanstandung der Ware (Art. 347 H.G.B.) regelt [1]).

Ob nun nach dem hier maßgebenden gemeinen Recht der Beklagte ein gesetzliches Recht hätte, wegen schlechter Beschaffenheit einzelner Bierlieferungen von dem ganzen Bierabnahmevertrag zurückzutreten und nicht bloß die einzelnen schlechten Bierlieferungen zurückzuweisen befugt wäre, kann dahingestellt bleiben. Denn diese Rücktrittsbefugnis ergiebt sich jedenfalls aus dem Inhalt und der Natur des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags. Mit der dortigen Bestimmung, daß Beklagter dem Kläger das Bier abnehmen werde, „wenn dieser ihm stets gutes Bier liefere", ist nicht bloß der selbstverständliche und daher überflüssige Satz ausgesprochen, daß Beklagter nicht verpflichtet sei, dem Kläger schlechtes Bier abzunehmen, sondern es ist darin die gerade bei der zeitlich unbegrenzten Bindung des Beklagten notwendige Sicherung und Bedingung festgesetzt, daß die Verpflichtung zur Bierabnahme aufhöre (nicht bloß ruhe), wenn Kläger nicht mehr gutes Bier liefere. Daß bei schlechter Bierlieferung jeweils nur „die faktische Bethätigung des Vertrags insolange, bis Kläger wieder gutes Bier liefere, sistiert" werden dürfe, daß also Beklagter immer und immer wieder genötigt sei, es mit dem Bier des Klägers zu versuchen, ob es gut sei oder nicht, ist mit dem Wortlaut des Vertrags und einem rationellen Wirtschaftsbetrieb und daher mit der Vertragsabsicht der Parteien nicht verträglich, vielmehr muß dem Beklagten das Recht zugestanden werden, bei schlechter Bierlieferung vom Vertrag zurückzutreten. Dies allerdings nicht schon dann, wenn eine einzelne oder auch mehrere Bierlieferungen schlecht ausfallen, sondern nur dann, wenn dieselben eine gewisse Zeit hindurch schlecht bleiben, so daß nach dem Ermessen des Gerichts dem Beklagten eine fernere Aushaltung des Vertrags billigerweise nicht zuzumuten ist.

1) Gareis a. a. O. S. 672 f., 735 zu N. 3 u. 4. Reichs-O.H.G. 5 S. 398, 7 S. 1, 9 S. 24. Entsch. des Reichsgerichts 25 S. 27 f.

Dies ist jedoch hier zu bejahen, wenn in der That die Bierlieferungen des Klägers im Oktober und November 1893 mehrere Wochen hindurch so wie behauptet schlecht gewesen sind.

Ehe auf den Beweis dieser mangelhaften Bierlieferungen eingegangen wird, ist jedoch zu sehen, ob nicht der Beklagte seines Rücktrittsrechts wegen schlechter Bierlieferungen durch die Versäumung der im Handelsrecht bestimmten Rügepflicht verlustig gegangen ist.

Daß die Biersendungen des Klägers an den Beklagten, wenngleich sie durch Angestellte des Klägers, des Verkäufers, (durch dessen Bierführer) bewirkt wurden, Distanzgeschäfte waren und auf ihre Untersuchung und Beanstandung daher die Vorschriften des Art. 347 H.G.B.s zutreffen, ist mit Grund nicht zu bezweifeln [1]).

Auch mußte Beklagter bei jeder einzelnen Bierlieferung die etwaige Mangelhaftigkeit sofort rügen, wenn nicht die betreffende Lieferung als genehmigt gelten sollte [2]).

Ob nun aber der Beklagte bei sämtlichen streitigen Bierlieferungen im Oktober und November 1893 die mangelhafte Beschaffenheit durch die Ausstellungen seiner Ehefrau gegenüber dem Kläger und dessen Bierführern rechtzeitig und ordnungsmäßig angezeigt hat, welchen Falls seine Ansprüche aus dieser Mangelhaftigkeit, insbesondere sein etwaiges Rücktrittsrecht vom Vertrag, trotz des nachherigen Verbrauchs und der Zahlung der beanstandeten, aber nicht zur Verfügung gestellten Bierlieferungen, da hierin ein nachträglicher Verzicht nicht zu finden, gewahrt geblieben wären [3]), ist nicht weiter zu untersuchen, da das dem Beklagten vertragsmäßig zukommende Rücktrittsrecht auch dann nicht ausgeschlossen erscheint, wenn wegen Unter-

---

1) Hanauseck, Die Haftung des Verkäufers I S. 243 zu N. 5 II S. 13. Entsch. des Reichsgerichts 6 S. 61. Reichs-O.H.G. 5 S. 395 ff.

2) Entsch. des Reichsgerichts 3 S. 101. Hanauseck II S. 26 N. 18, S. 71 N. 8.

3) Entsch. des Reichsgerichts 17 S. 65 ff, 25 S. 30. Seuff. A. 46 Nr. 40. Goldschmidt's Zeitschr. 40 S. 513. Hanauseck II S. 263 ff., 271, 282.

lassung der in Art. 347 H.G.B.s vorgeschriebenen Mängelanzeige die einzelnen Bierlieferungen gesetzlich als genehmigt zu gelten haben.

Zwar wird der Satz ausgesprochen, daß die nach Art. 347 H.G.B.s eingetretene Genehmigung der Ware nicht bloß die auf die speziellen nicht gerügten Lieferungen sich beziehenden Ansprüche wegen Mangelhaftigkeit ausschließe, sondern daß die nicht gerügte Mangelhaftigkeit dieser Lieferungen auch zur Rechtfertigung anderer, auf die Mängel dieser Lieferungen sich gründender Ansprüche, insbesondere eines Rücktrittsrechts in Beziehung auf folgende Lieferungen nicht mehr geltend gemacht werden könne [1]).

Allein dieser Satz läßt sich nur auf gesetzliche Ansprüche, auf ein „aus dem bürgerlichen Recht etwa herzuleitendes Rücktrittsrecht" [2]), nicht aber ohne weiteres auf ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht anwenden. Denn ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht entnimmt die Voraussetzungen und Bedingungen seiner Ausübung in erster Linie aus dem Vertrag selbst und aus der hieraus ersichtlichen Intention der Vertragsschließenden.

Im vorliegenden Fall wurde dem Beklagten durch die Beredung, daß die Pflicht zur Bierabnahme nur so lange dauern solle, als Kläger gutes Bier liefere, vertragsmäßig ein durch die mangelhafte Vertragserfüllung des Klägers bedingtes Rücktrittsrecht eingeräumt. Damit wurde zwar nicht etwa der Bierabnahmevertrag in der Weise resolutiv bedingt, daß, wenn und sobald die Thatsache der schlechten Bierlieferung eintrete, mit dem Eintritt und der Feststellung dieser Thatsache das Vertragsverhältnis ohne weiteres als beendigt und aufgelöst anzusehen wäre, sondern der Beklagte hat mit der Thatsache der schlechten Bierlieferung nur ein in sein Belieben gestelltes Recht erlangt, den Vertrag aufzulösen und die fernere Bierabnahme zu verweigern, welches Recht er in gleicher Weise, wie einen

1) Entsch des Reichsgerichts 1 S. 55, 63; Bd. 25 S. 27—29; auch Gareis und Fuchsberger, Komm. z. H.G.B. S. 725 N. 91.

2) Reichsgerichts-Entsch. 1 S. 63.

gesetzlichen Redhibitionsanspruch, zu begründen und zu verfolgen hat [1]).

Es konnte jedoch, wenn im Vertrag bei Mangelhaftwerden der Lieferungen des Klägers dem Beklagten das Recht, den ferneren Bierbezug einzustellen und den Vertrag zu kündigen, eingeräumt wurde, nicht in der Absicht der Parteien gelegen gewesen sein, die Geltendmachung dieses Rücktrittsrechts von der Wahrung einer so strengen Untersuchungs- und Anzeigepflicht hinsichtlich jeder einzelnen mangelhaften Bierlieferung, wie sie Art. 347 H.G.B. vorschreibt, abhängig zu machen. Eine solche Steigerung der ohnehin strengen Gebundenheit des Beklagten ist nicht anzunehmen und den einfachen Geschäftsverhältnissen der Parteien, eines ländlichen Brauers und eines gewöhnlichen Schankwirts, nicht angemessen, sondern es muß nach den konkreten Verhältnissen als der Absicht der Parteien entsprechend erachtet werden, wenn der Beklagte bei Schlechtwerden der Bierlieferungen hievon den Kläger unter Androhung seines Rücktritts verständigt und zugleich demselben hinreichende Gelegenheit und Zeit zur Besserung seiner Leistungen läßt, ehe er vom Vertrag zurücktritt. Dies hat aber der Beklagte bez. in dessen Vertretung seine die Wirtschaft führende Ehefrau in ausreichender Weise damit gethan, daß die Ehefrau des Beklagten (wie durch ihr Zeugnis in Verbindung mit den Aussagen des Oberbrauers H. und der Zeugen W. und St. genügend bewiesen ist), nachdem sie schon im Oktober 1893 dem Bierführer öfters gesagt hatte, er solle besseres Bier bringen, am 25. Oktober dem Kläger persönlich unter Zurückschlagen eines oder zweier Fäßchen Bier die Einstellung des Bierbezugs bei Fortsetzung der schlechten Bierlieferungen angedroht und in der Folgezeit im Oktober und November mehrmals bei den Bierführern, welche solches (nach dem Zeugnis des Oberbrauers H.) im klägerischen Geschäft wieder ausgerichtet haben, über das schlechte Bier sich beklagt, am 13. November durch den

1) **Windscheid**, Pand. II § 323 zu N. 5. **Wendt**, Die Reuverträge S. 43, 52 f. **Brinkmann**, Der Kauf II S. 489 ff. **Czylarz**, Die Resolutivbedingung S. 79.

Bierführer dem Kläger die Verweigerung weiteren Bierbezugs erklärt, auch diese Weigerung dem Kläger persönlich am 21. November und 9. Dezember mit derselben Begründung wiederholt hat.

(Es wird sodann ausgeführt, der Beweis sei erbracht, daß die Bierlieferungen des Klägers an den Beklagten im Oktober und November 1893 die ganze Zeit hindurch die vom Beklagten behauptete schlechte Beschaffenheit gehabt haben).

Urteil des 2. Civilsenats vom 27. Juni 1895 in Sachen Ebert gegen Hägele.

Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden.

42.

Haftpflichtgesetz: Betriebsunfall; eigenes Verschulden.

Der Kläger ist zwischen Nagold und der in der Richtung gegen Altensteig gelegenen R.'schen Oelfabrik dadurch verunglückt, daß die zwei Pferde des Wagens, neben dem er herging, scheu wurden, troß dem Versuch des Klägers, sie festzuhalten, durchgingen, ihn auf einem Acker neben der Straße zu Fall brachten und samt dem Wagen über ihn weggingen. Hiebei erlitt Kläger Verletzungen; er verlangt Ersatz seines Schadens von der Beklagten auf Grund des § 1 des Haftpflichtgesetzes, weil er „beim Betrieb einer Eisenbahn" verletzt worden sei. Zu der Zeit, als die Pferde scheu wurden, ist nämlich ein Eisenbahnzug in der der Fahrrichtung des Klägers entgegengesetzten Richtung dahergefahren; die Bahn macht an der betreffenden Stelle eine Kurve und der Zug wurde für die Pferde des Klägers erst in einer Entfernung von 150 bis 190 Schritten sichtbar. Kläger behauptet nun, seine Pferde seien durch den Anblick und das Geräusch des Zuges und das Brausen des ausströmenden Dampfes scheu geworden, während Beklagte dies bestreitet. Beklagte zieht ferner in Abrede, daß — die Wahrheit der Darstellung des Klägers vorausgesetzt —

sich der Unfall „beim Betrieb“ der Eisenbahn ereignet hätte, und ist der Meinung, er sei jedenfalls durch eigenes Verschulden des Klägers herbeigeführt worden, sofern ein normales Zugpferd unter den obwaltenden Umständen durch die Annäherung eines Eisenbahnzugs nicht unruhig und scheu zu werden pflege, die Verwendung zum Scheuen geneigter Pferde aber ein eigenes Verschulden des Klägers darstellen würde, sofern weiter ein richtiger Fuhrmann im Stand gewesen wäre, seine Pferde auf der Straße zu halten und weiterzuführen, und sofern endlich Kläger sich unvorsichtiger Weise vor die scheu gewordenen Pferde hingestellt habe, statt sie laufen zu lassen, wenn er sie nicht mehr habe halten können. Die Einwände der Beklagten sind zurückgewiesen worden.

In den

Gründen

wird zunächst ausgeführt: es sei erwiesen, daß die Pferde des Klägers zufolge der Annäherung des Eisenbahnzuges scheu geworden seien; sodann wird fortgefahren:

Die Pferde des Klägers sind also unmittelbar durch den Betrieb der Eisenbahn scheu geworden und ihr Scheuen steht mit den eigentümlichen Gefahren des Bahnbetriebs, der raschen, geräuschvollen Fahrt der Züge, im Zusammenhang. Ein solcher Unfall hat als „beim Betrieb“ der Eisenbahn erfolgt zu gelten, obwohl er sich außerhalb des Bahnkörpers zugetragen hat; es liegt eben eine Einwirkung des Betriebs auf den Raum außerhalb des Bahnkörpers vor, wie sie in der verschiedensten Weise vorkommen kann, sei es durch Gase, Rauch, Funken, die eine körperliche Beschädigung hervorbringen, oder durch die Einwirkung von Licht oder Schall auf die Seh- oder Gehör-Nerven. Die körperliche Beschädigung des Klägers ist freilich nur mittelbar durch den Betrieb der Eisenbahn verursacht worden und es mögen nicht alle mittelbar durch den Bahnbetrieb herbeigeführten Körperverletzungen oder Tötungen unter § 1 des Haftpflichtgesetzes fallen, dieses Gesetz trifft aber jedenfalls dann zu, wenn, wie hier, die Körperverletzung sich nach dem gewöhnlichen und natürlichen Verlauf der

Dinge als Folge des durch den Bahnbetrieb herbeigeführten Unfalls ergeben hat. Diese Auffassung stimmt denn auch mit der stehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts überein[1]).

Der Zweck des Haftpflichtgesetzes ist, aus naheliegenden Gründen der Billigkeit die vermögensrechtlichen Folgen der mit dem Eisenbahnbetrieb unvermeidlich verbundenen Gefahren für Leib und Leben Dritter den Betriebs-Unternehmer treffen zu lassen, und dieser Gesichtspunkt erscheint besonders berechtigt, wo wie im gegenwärtigen Fall der Verletzte nicht etwa bei Benützung der Eisenbahn oder auf dem Bahnkörper beschädigt worden ist, sondern unfreiwillig, bei Benützung der Landstraße in Ausübung seines Berufs, der Einwirkung der Eisenbahn ausgesetzt ist.

Beklagte ist sonach von der Haftung für die Folgen der körperlichen Beschädigung des Klägers nur frei, wenn sie beweist, daß diese Beschädigung durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht worden ist. Nur in letzterer Beziehung hat Beklagte Behauptungen aufgestellt. Allein zunächst hat sich ihre Vermutung, daß die Pferde des Klägers zum Scheuen geneigt seien, durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt, und die bloße Thatsache, daß die Pferde bei dem fraglichen Anlaß an dem Eisenbahnzug gescheut haben, läßt einen Schluß auf eine Neigung zum Scheuen nicht zu, weil auch fromme und an die Eisenbahn gewöhnte Tiere ausnahmsweise einmal scheu werden können, wenn, wie hier, auf einmal in ihrer Nähe ein scheinbar auf sie zufahrender Zug auftaucht. Richtig ist allerdings, daß Kläger sich vor die unruhig gewordenen Tiere hingestellt hat, um womöglich deren Durchgehen zu verhindern, und daß er sich hiemit der Gefahr ausgesetzt hat, daß Pferde und Wagen über ihn weggingen, wenn es ihm nicht gelang, der Tiere Meister zu werden, sie ihn vielmehr zu Fall brachten. Aber dem Kläger mußte alles daran gelegen sein, seine beiden Pferde am Durchgehen zu ver-

1) Vgl. R.G. bei Seuffert Bd. 41 Nr. 189; R.G. Bd. 19 Nr. 10; R.G. in Eger: Eisenbahnrechtl. Entscheidungen Bd. 9 Nr. 75 S. 109; Bd. 10 Nr. 210 S. 270.

hindern, bei dem sie samt Wagen und Ladung zu Grunde gehen konnten; er durfte zu diesem Zweck seine eigene Person einer Gefahr aussetzen, ohne daß ihn der Vorwurf eigenen Verschuldens d. h. eines leichtfertigen Verhaltens trifft; und wenn er je nicht das geeignetste Mittel zur Abwendung der seinem Gespann drohenden Gefahr ergriffen haben sollte, wäre dies beim Drang des Augenblicks weder zu verwundern noch zu verargen; Beklagte hat übrigens nicht einmal behauptet, daß es ein zur Beruhigung scheu gewordener Pferde ungeeignetes Mittel ist, wenn der Fuhrmann vor sie hintritt und ihnen ins Auge sieht.

Wenn endlich Beklagte geltend macht: ein richtiger Fuhrmann wäre im Stande gewesen, die Pferde auf der Straße zu halten und weiterzuführen, so kann unerörtert bleiben, ob auch in Haftpflichtfällen Mangel an Erfahrung, Geschicklichkeit oder Kraft als eigenes Verschulden zu gelten hat. Denn jedenfalls wäre es Sache der Beklagten nachzuweisen, daß beim Kläger einer dieser Mängel obgewaltet hat; eine Vermutung spricht hiefür nicht und ebensowenig läßt sich im vorliegenden Fall sagen, daß die ganze Sachlage auf ein derartiges Verschulden des Klägers hinweise. Beklagte hätte darlegen müssen, wie ein richtiger Fuhrmann sich unter den obwaltenden Umständen benommen hätte, worin das Verhalten des Klägers einen Mangel an Erfahrung, Geschicklichkeit und Kraft habe erkennen lassen. Daß kein Sachverständiger den ganz allgemeinen Satz bestätigen könnte, ein richtiger Fuhrmann hätte es vermocht, die Pferde auf der Straße festzuhalten und weiterzuführen, hat der vorige Richter zutreffend aus dem Grund angenommen, weil jene Möglichkeit stets vom Gebahren der Pferde abhänge. Von vornherein bei Befahren der Landstraße besondere Vorsichtsmaßregeln in Leitung seines Gespanns deshalb zu treffen, weil auf der Straße zugleich die Eisenbahn fährt, hatte Kläger keinen Anlaß, weil ja seine Pferde nach dem Zeugnis des E. und des Schultheißen W. mit der Bahn vertraut sind, er also ein Scheuwerden derselben nicht zu befürchten und er daran nicht zu denken brauchte, daß

zufolge der an der kritischen Stelle befindlichen Kurve ein Zug erst verhältnismäßig nah und scheinbar auf die Pferde losfahrend sichtbar werden und die Pferde erschrecken könne.

Urteil des I. Civilsenats vom 1. November 1895 in Sachen Staatsfinanzverwaltung g. Breuning; ebenso in einem Urteil von demselben Tag in Sachen Schwarzenbach gegen Fiskus.

(Die gegen letzteres Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden. Vgl. J.W. 1896 S. 305 Nr. 34).

43.

Zulässigkeit des Rechtswegs für eine Klage auf Anerkennung des Eigentums an einer Quelle, die der Gegner als öffentliches Gewässer betrachtet wissen will?

Die Stadtgemeinde Pforzheim hat gegen die K. Württemb. Staatsfinanzverwaltung und gegen Ch. B. von B. und 48 Genossen Klage erhoben mit dem Antrag, zu erkennen, daß der Klägerin an der auf Parzelle Nr. 662 der Gemeinde Engelsbrand O.A. Neuenbürg entspringenden Jakobsquelle das ausschließliche Eigentums- und Benützungsrecht, insbesondere auch das Recht die genannte Quelle ihrer bereits bestehenden Wasserleitung zuzuleiten, zustehe.

Gegen diese Klage haben die Beklagten die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs vorgeschützt. Diese Einrede wurde in zweiter Instanz für zutreffend erachtet aus folgenden

Gründen:

Die klagende Stadtgemeinde Pforzheim macht der K. Württembergischen Staatsfinanzverwaltung gegenüber geltend, sie sei Eigentümerin, jedenfalls publicianische Besitzerin der im Größelthal gelegenen Wiesenparzelle. Sie habe diese Wiesenparzelle mit anderen in den Jahren 1866 und 1879 von den Besitzern derselben, deren Besitzvorgänger dieselbe im Jahre 1798 von dem Staate gekauft haben, durch Kauf erworben und übergeben erhalten. Als Eigentümerin des Grundstücks

Parzelle 662 sei sie auch Eigentümerin der auf dem Grundstück entspringenden Quelle, der sogenannten Jakobsquelle, und des in einem Graben auf den Grundstücken der Klägerin beginnenden und endigenden Abflusses dieser Quelle, welcher mit dem Größelbach keinen Zusammenhang habe. Als Eigentümerin der Quelle sei sie berechtigt, das Wasser derselben ausschließlich zu benützen, dasselbe vollständig zu verbrauchen, also auch zu ihren alleinigen Zwecken abzuleiten. Dieses Recht bestreiten ihr die Beklagten. Zur Entscheidung des Streites sei der Civilrichter zuständig, weil der geltend gemachte Anspruch, das Eigentum an der Jakobsquelle, ein privatrechtlicher sei. In der Behauptung der Beklagten, das Wasser sei ein öffentliches, liege die Verneinung des klägerischen Eigentums und somit der Grund zur gegenwärtigen Klage.

Dem entgegen bestreitet die beklagte Staatsfinanzverwaltung zunächst, daß die Klägerin Eigentümerin oder publicianische Besitzerin der Wiesenparzelle Nr. 662 und damit der Quelle sei. Wenn aber auch die Klägerin Eigentümerin der Parzelle 662 wäre, so würde daraus das Privateigentum an der Jakobsquelle und ihrem Abflusse noch nicht folgen, denn die Jakobsquelle sei ein öffentliches Wasser; sie fließe schon von ihrem Ursprung an so stark, daß sie einen Bach bilde, sie hänge mit dem Größelbach, welcher unzweifelhaft ein öffentliches Gewässer sei, zusammen und bilde einen Zufluß desselben. An dem Größelbach und seinen Zuflüssen, also auch der Jakobsquelle, stehe der Beklagten vermöge der Staatshoheit über die öffentlichen Gewässer das Fischereirecht zu. Dieses Recht würde durch die Ableitung der Jakobsquelle beeinträchtigt. Die beklagte Staatsfinanzverwaltung bestreitet daher auf Grund ihres, ihr nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts zustehenden Benützungsrechts an dem öffentlichen Wasser der Jakobsquelle der Klägerin die Befugnis, die Jakobsquelle vollständig für sich zu verbrauchen und dieselbe abzuleiten. Sie behauptet, da die öffentlichrechtliche Beschaffenheit der Jakobsquelle geltend gemacht werde, so sei der Verwaltungsrichter zur Entscheidung des Streits zuständig. Die Behauptung der Klä-

gerin, sie sei Eigentümerin, jedenfalls publicianische Besitzerin der Wiesenparzelle Nr. 662, ist unzweifelhaft ein dem Privatrecht angehörender Anspruch und, wenn der Klägerin das Eigentum an dieser Parzelle bestritten wird, so ist zur Entscheidung über diesen Streit ebenso unzweifelhaft der Civilrichter zuständig. Allein die Klägerin hat eine selbständige Feststellungsklage dahin, daß die Beklagte das Eigentum der Klägerin an Parzelle 662 anzuerkennen habe, nicht erhoben, sie hat das Eigentum an Parzelle 662 nur als die Grundlage für das behauptete Eigentum an der Quelle geltend gemacht. In dem Klagegesuch erster Instanz heißt es nur, es soll erkannt werden, sämtliche Beklagte haben anzuerkennen, daß der Klägerin an der auf Parzelle Nr. 662 der Gemeindemarkung Engelsbrand entspringenden Jakobsquelle das ausschließliche Eigentums- und Benützungsrecht zustehe. Es wird daher nur ein Ausspruch über das Eigentum an der Quelle verlangt, nicht aber noch daneben besonders eine Feststellung des Eigentums der Klägerin an Parzelle 662.

Auch in zweiter Instanz hat die Klägerin vorgetragen, es werde darauf beharrt, daß der Klägerin das Eigentum an der Quelle zustehe und daß dieses den Streitgegenstand bilde. Es handelt sich demgemäß nur darum, ob der Civilrichter der Behauptung der beklagten Staatsfinanzverwaltung gegenüber, die Quelle sei ein öffentliches Wasser, über das Eigentum der Klägerin an der Quelle entscheiden kann.

Zweifellos ist auch der Anspruch eines Grundeigentümers, eine auf seinem Grundeigentum entspringende Quelle stehe in seinem Privateigentum und er dürfe infolge dessen uneingeschränkt über sie verfügen, ein privatrechtlicher.

Mit Recht geht aber die Klägerin selbst davon aus, daß die Behauptung der Beklagten, der Jakobsbrunnen sei ein öffentliches Gewässer, ihrer Behauptung, dieselbe befinde sich in ihrem Privateigentum, direkt entgegenstehe: wird die öffentlichrechtliche Eigenschaft der Jakobsquelle bejaht, so wird damit das Privateigentum der Klägerin an derselben verneint und umgekehrt.

Nun bestimmt Artikel 10 Ziffer 24 des Gesetzes vom

16. Dezember 1876: „Den Kreisregierungen kommt als Verwaltungsgerichten erster Instanz die Verhandlung und Entscheidung zu über Streitigkeiten, welche betreffen die Benützung öffentlicher Gewässer, einschließlich der Frage, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers zukommt“, d. h. sie haben darüber zu entscheiden, ob das betreffende Wasser den Charakter eines öffentlichen Wassers, oder eines im Privateigentum stehenden habe. Mit dem Ausspruch darüber, ob das Wasser ein öffentliches sei, ist ihnen mit Notwendigkeit auch die Entscheidung über den direkten Gegensatz, ob das Wasser ein privatrechtliches sei, zugewiesen. Sollte der Verwaltungsrichter über die Frage entscheiden, ob das Wasser ein öffentliches sei, und der Civilrichter darüber, ob das Wasser im Privateigentum stehe, so würde jeder zugleich über die dem andern zugewiesene Frage mitentscheiden und es könnten sich daraus zweifellos widersprechende Entscheidungen ergeben. Demgemäß mußte die Entscheidung über die ganze Frage mit ihren beiden Alternativen dem einen oder dem andern, dem Verwaltungsrichter oder dem Civilrichter, zugewiesen werden. Dies ist dadurch geschehen, daß der genannte Artikel 10 Ziff. 24 bestimmt, daß den Verwaltungsgerichten die Entscheidung zustehe über die Frage, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen oder eines privaten Wassers zukomme.

Zwar heißt es in der bezeichneten Ziff. 24 weiter: „wenn hierüber ein Streit zwischen mehreren Beteiligten besteht und der erhobene Anspruch nicht privatrechtlicher Art ist“. Allein dieser letztere Satz kann nicht auf den früheren Satz „einschließlich der Frage, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers zukommt“, bezogen werden; denn wenn Streit darüber besteht, ob ein bestimmtes Wasser ein öffentliches oder privates sei, so macht derjenige, welcher behauptet, das Wasser sei in seinem Privateigentum, stets einen privatrechtlichen Anspruch geltend, es müßte daher stets der Civilrichter darüber entscheiden und damit auch darüber, daß das Wasser kein öffentliches sei, und es wäre die Vorschrift, daß der Verwaltungs-

richter über die Frage, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers zukomme, zu entscheiden habe, in ihr Gegenteil verkehrt. Der Satz „und der erhobene Anspruch nicht privatrechtlicher Art ist“ kann sich vielmehr nur darauf beziehen, daß der Civilrichter auch dann entscheiden soll, wenn es sich um einen Streit zwischen mehreren Beteiligten über die Benützung eines öffentlichen Gewässers handelt und einer der Beteiligten für das von ihm geltend gemachte Recht, über das gestritten wird, einen privatrechtlichen Titel geltend macht, und derselbe sonach ein Sonderrecht an dem öffentlichen Gewässer auf Grund eines privatrechtlichen Titels in Anspruch nimmt. In diesem Fall hätte der Civilrichter über das in Anspruch genommene und bestrittene Sonderrecht zu entscheiden.

Wenn die Frage aufgeworfen wird, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen oder privaten Wassers zukommt, so kann auch nicht gesagt werden, „der erhobene Anspruch sei privatrechtlicher Art“, vielmehr stehen sich in dem unterstellten Fall zwei Ansprüche entgegen, von denen der eine privatrechtlicher, der andere öffentlichrechtlicher Art ist.

Unmöglich aber ist es ferner, die Thatsache entscheiden zu lassen, wer von den Beteiligten zuerst die Klage erhebt und dem Civilrichter die Entscheidung zuzuweisen, wenn der Grundeigentümer zuerst Klage erhebt und behauptet, als Eigentümer des Grund und Bodens auch Eigentümer der darauf entspringenden Quelle zu sein, und den Verwaltungsrichter dann als zuständig zu erachten, wenn ein angeblich Berechtigter zuerst bei dem Verwaltungsrichter klagt, indem er behauptet, daß das Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers habe und daß ihm daran auf Grund öffentlichen Rechts Fischerei- oder Wässerungsrechte zustehen; denn dies wäre eine ganz prinzipwidrige Lösung der Zuständigkeitsfrage, die von dem Gesetz nicht gewollt sein kann. Die Ziffer 24 unterscheidet auch, indem sie die Entscheidung der Frage, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers zukommt, dem Verwaltungsrichter zuweist, nicht, wer die Klage zuerst erhebt. Ebenso unterscheidet die Ziffer 24 nicht zwischen den verschiedenen Gewässern, sie

spricht ganz allgemein davon, daß dem Verwaltungsrichter die Entscheidung der Frage zukommt, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers zukomme. Hierunter sind auch Quellen begriffen. Es läßt sich nicht sagen, der Civilrichter müsse zuständig sein, weil der Anspruch auf eine Quelle stets ein privatrechtlicher sei, sofern eine Quelle nur im Privateigentum des Grundbesitzers stehen könne. Dies wäre unrichtig. Richtig ist nur so viel, daß eine Quelle im Zweifel im Privateigentum des Grundbesitzers steht, wovon die Klägerin selbst ausgeht. Allein es ist der Nachweis nicht ausgeschlossen, daß die Quelle ein öffentliches Wasser sei, sei es, daß von jeher ein Gemeingebrauch an derselben stattgefunden hat, oder daß sie von jeher als dem Wasserhoheitsrecht des Staats unterworfen behandelt wurde.

Nach dem Bisherigen ist zur Entscheidung der Frage, ob der Jakobsbrunnen ein öffentliches oder ein privates Gewässer sei, nicht der Civilrichter, sondern der Verwaltungsrichter zuständig.

In Uebereinstimmung mit dem Ausgeführten hat der K. württemb. Verwaltungsgerichtshof am 31. Oktober 1894 in der Berufungssache zwischen G. A. B. und Gen. von G. und den Chr. H.'schen Eheleuten von da seine Zuständigkeit zur Entscheidung angenommen und materiell entschieden, in welcher Berufungssache es sich auch um die Frage handelte, ob das in Anspruch genommene Wasser ein öffentliches sei, oder im Privateigentum des Grundbesitzers stehe, und wobei nur der, wie dargelegt, unwesentliche Unterschied besteht, daß im Falle B. gegen H. diejenigen als Kläger aufgetreten sind, welche die öffentlichrechtliche Natur des Wassers behaupteten [1]).

Urteil des I. Civilsenats vom 18. Oktober 1895 in Sachen Staatsfinanzverwaltung und Gen. gegen Stadtgemeinde Pforzheim.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

1) S. Württ. Jahrb. B. 7 S. 210. Zu vergl. auch Lang, Sachenrecht II § 122 Z. II 1 S. 26. Anders: Entscheidung des II. Senats des Oberlandesgerichts in Württ. Jahrb. Bd. 3 S. 207.

In den Gründen des reichsgerichtlichen Urteils ist bemerkt: Zwar muß das Resultat, zu welchem der Berufungsrichter gelangt, insofern als ein ungewöhnliches bezeichnet werden, als nach seiner Ansicht auch in Fällen der vorliegenden Art, in welchen der Eigentümer eines Grundstücks das Eigentumsrecht an einer auf seinem Grundstücke entspringenden Quelle, sowie das Recht ihrer Benützung zu einer auf dem Grundstücke eingerichteten Wasserleitung im Rechtswege verfolgt, die Zuständigkeit des Civilrichters zu verneinen ist, falls nur der Gegner die Behauptung aufstellt, daß die Quelle zu den öffentlichen Gewässern gehöre. Indessen lassen die Gründe des vorigen Richters keinen Zweifel, daß er seine Ansicht allein und ausschließlich auf das Württembergische Gesetz vom 16. Dezember 1876 gründet. Daß bei der Auslegung dieses Partikulargesetzes allgemeine Regeln verletzt wären, ist nicht ersichtlich und auch der zuvor erwähnte Umstand, daß das Auslegungsresultat ein ungewöhnliches, mit der gemeinrechtlichen Doktrin nicht im Einklang stehendes ist, kann nicht weiter in Betracht kommen, weil der Begriff einer Civilrechtsache reichsgesetzlich nicht geregelt, vielmehr zurzeit lediglich nach der Gesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten zu bestimmen ist.

44.

Interventionsklage eines in Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Ehemanns, der zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen seiner Ehefrau verurteilt ist, auf Grund seines Miteigentums an einer errungenschaftlichen Liegenschaft, in die der Gläubiger die Zwangsvollstreckung beantragt.

Auf Klage einer Gläubigerin der Ehefrau des Klägers hat die II. Civilkammer des K. Landgerichts zu Ulm am 4. Mai 1894 erkannt:

„I. Die Beklagte M. E. ist schuldig, der Klägerin die Summe von 8964 M. 87 Pf. und 5% Zins aus 8400 M.

vom 23. April 1890 zu bezahlen und die durch die Klage gegen sie erwachsenen Prozeßkosten zu tragen.

II. Dem Beklagten R. E. gegenüber:

1. Es wird festgestellt:

a) daß das Wohnhaus lit. B. Nr. 316 mit Hofraum und Gemüsegarten in der Wallfischgasse in Ulm zur Errungenschaft der beiden unter sich in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Beklagten gehört;

b) der Beklagte R. E. ist schuldig, wegen der unter Ziff. I. aufgeführten Schuld seiner Ehefrau die Zwangsvollstreckung in das in seiner Verwaltung befindliche Vermögen derselben zu gestatten.

2) mit ihrem Anspruch, der Beklagte R. E. sei schuldig, die Zwangsvollstreckung in die seiner Ehefrau gehörige Hälfte an dem zu Z. II 1. a bezeichneten Hause zu gestatten wird Klägerin abgewiesen."

Das Urteil ist rechtskräftig geworden.

Auf Grund dieses Urteils hat die Gläubigerin bei dem K. Amtsgericht Ulm gegen die Ehefrau M. E. den Antrag auf Zwangsvollstreckung in deren unbewegliches Vermögen, nämlich in die derselben gehörige Hälfte des während der Ehe erworbenen Hauses lit. B. Nr. 316 in der Wallfischgasse behufs Befriedigung der Klägerin wegen der urteilsmäßigen Forderung von 8964 M. 87 Pf. nebst 5% Zinsen gestellt.

Durch Beschluß des K. Amtsgerichts Ulm vom 22. Juni 1894 wurde dementsprechend wegen der bezeichneten Forderung der Gläubigerin in die „auf der Markung Ulm gelegene, der „Schuldnerin gehörige Liegenschaft nämlich die Hälfte an dem „während der Ehe erkauften Hause lit. B. Nr. 316 in der Wall„fischgasse" — angeordnet.

R. E. hat nunmehr Interventionsklage gegen die Beklagte M. B. erhoben mit dem Antrag: Beklagte habe in die Aufhebung der vom K. Amtsgericht Ulm angeordneten Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen der Ehefrau des Klägers einzuwilligen. Er hat die Klage „auf sein durch die besonderen Verhältnisse der ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft

qualifiziertes Miteigentumsrecht" gestützt. In zweiter Instanz wurde die eingeleitete Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt.

Aus den Gründen:

2. Daß der Kläger zu Erhebung einer Widerspruchsklage gemäß § 690 der C.P.O. formell berechtigt ist, unterliegt keinem Zweifel. Derselbe ist „Dritter" im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Denn er ist nicht Schuldner der beizutreibenden Schuld — einer Sonderschuld seiner Ehefrau —, ist nicht verurteilt, diese Schuld zu bezahlen; er ist auch nicht derjenige, gegen welchen das Urteil (auf Bezahlung der Schuld) zu vollstrecken ist [1]), (der Exequend): die Zwangsvollstreckung ist nur in das Vermögen der Ehefrau des Klägers angeordnet worden. Der Kläger soll als Dritter, welcher das Objekt der Zwangsvollstreckung in Besitz, Genuß und Verwaltung hat, in dasselbe die gegen die Ehefrau gerichtete Zwangsvollstreckung „gestatten".

3. Zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung nämlich ist im vorliegenden Falle gemacht: die unabgeteilte ideelle Hälfte des zur Errungenschaft der E.'schen Eheleute gehörigen Hauses lit. B. Nr. 316 der Wallfischgasse in Ulm nebst Zubehörden und Gemüsegarten; die Eigentumshälfte der Ehefrau hieran als eine körperliche, unbewegliche, zum Vermögen der Ehefrau gehörige Sache.

Als das die Veräußerung hindernde Recht, auf welches die Interventionsklage gestützt ist, hat der Kläger — nicht das ehemännliche Verwaltungsrecht an dem Vermögen der Ehefrau, sondern — sein „durch die besonderen Verhältnisse der Errungenschaftsgemeinschaft qualifiziertes" Miteigentumsrecht an dem subhastierten Anwesen geltend gemacht.

4. Die Beklagte behauptet, daß dieser Klage schon von vornherein das in dem Vorprozeß der Parteien am 4. Mai 1894 ergangene Urteil des K. Landgerichts Ulm und die in jenem Prozesse von dem nunmehrigen Kläger abgegebenen Erklärungen im Wege stehen, und es ist daher zunächst auf die

1) Entsch. des Reichsger. Bd. 16 Nr. 84 S. 347, Bd. 30 Nr. 119 S. 386.

Bedeutung des angeführten Urteils bezw. der damaligen Parteierklärungen einzugehen.

a) Zweifellos hatte die Gläubigerin um die Zwangsvollstreckung gegen die Ehefrau E. wegen der Sonderschuld derselben in deren unter Verwaltung des Ehemanns stehendes Vermögen erwirken zu können, einen Vollstreckungstitel auch gegen den Ehemann nötig, welcher dem letzteren die Duldung der Zwangsvollstreckung in dieses Vermögen auferlegte [1]).

Zu diesem Behuf wurden in dem Vorprozeß die bezüglichen Klageanträge gegenüber dem damals beklagten Ehemann E., und zwar speziell schon in Absicht auf die Eigentumshälfte der Ehefrau an dem Hause in der Wallfischgasse, gestellt. Seinem Anerkenntnis gemäß wurde derselbe verurteilt, wegen der fraglichen Schuld die Zwangsvollstreckung in das in seiner Verwaltung befindliche Vermögen der Ehefrau zu gestatten, wogegen die damalige Klägerin mit ihrem Anspruch darauf, der Beklagte sei schuldig, die Zwangsvollstreckung in die seiner Ehefrau gehörige Hälfte an dem Hause B Nr. 316 in der Wallfischgasse zu gestatten, abgewiesen worden ist. Ueber den Sinn und das Verhältnis dieser beiden Judikate wäre nun allerdings, wenn man nur auf den Urteilstenor II 1, b und II, 2 sieht, ein Zweifel möglich gewesen. Und so ist die Ferienkammer des K. Landgerichts Ulm in ihrem Beschluß auf Einstellung des Zwangsvollstreckungsverfahrens vom 3. September 1894 von der Auffassung ausgegangen, daß das erwähnte Urteil, welches, wie anzunehmen, nicht weiter reichen solle als das zu Grund liegende Anerkenntnis des beklagten Ehemanns, diesen zur Gestattung der Zwangsvollstreckung in das (in seiner Verwaltung befindliche) Vermögen der Ehefrau a u s s c h l i e ß l i c h ihrer Eigentumshälfte an dem Hause habe verpflichten wollen. Allein nach der Interpretation, welche dem Urteil nunmehr von der II. Civilkammer des Landgerichts, offenbar im Einklang mit dem Thatbestand und den Gründen

1) Gaupp, Civ.P.O. § 51 S. 122, § 699 S. 377, § 671 S. 349. Lämmert in Boschers Zeitschrift Bd. 32 S. 232, Bd. 34 S. 327. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 32 Nr. 72 S. 290 ff.

jenes Urteils gegeben wird, ist der Sinn nicht der von der Ferienkammer unterstellte. Es wollte nicht die Eigentumshälfte der Ehefrau an dem Hause von dem Kreise der von dem beklagten Ehemann zu gestattenden Zwangsvollstreckung ausgeschlossen, sondern nur der Klagantrag auf Ausspruch der Verpflichtung hinsichtlich dieses einzelnen, speziellen Vermögensstückes abgelehnt werden, aus dem doppelten Grund, weil ein solcher Ausspruch thatsächlich die Anordnung der Zwangsvollstreckung in die Haushälfte der Ehefrau gleichkäme und weil ein rechtliches Interesse der Klägerin an einer derartigen Feststellung zur Zeit nicht vorliege.

Die Bedeutung des Urteils nach der fraglichen Richtung geht also dahin, daß einerseits die Haushälfte der Ehefrau nicht von demjenigen Vermögen derselben, in welches der Ehemann die Zwangsvollstreckung zu dulden hat, ausgenommen, andererseits aber ein spezieller Vollstreckungstitel gerade wegen dieses Vermögensobjektes nicht erteilt worden ist.

b) Es fragt sich hiernach ferner, ob die durch das Anerkenntnisurteil ausgesprochene Verpflichtung des nunmehrigen Klägers ohne weiteres die Beklagte zur Erwirkung der Zwangsvollstreckung in die (ideelle) Eigentumshälfte der Ehefrau an dem Hause berechtigte und jeden Widerspruch des Klägers ausschließt. Diese Tragweite kann dem Urteil nicht beigelegt werden. Allerdings ist hiedurch die Verpflichtung des Klägers, eine Zwangsvollstreckung in das von ihm verwaltete Vermögen seiner Ehefrau zu gestatten, allgemein und mit der Wirkung festgestellt, daß der Kläger die Vollstreckung in dieses Vermögen wegen der fraglichen Sonderschuld der Ehefrau „grundsätzlich" zuzulassen hat und einer solchen nicht mehr durch die einfache Berufung auf sein ehemännliches Verwaltungsrecht widersprechen kann. Allein für die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und für die Bestimmung der Exekutionsobjekte im Einzelnen ist durch das mehrerwähnte Urteil ein Präjudiz nicht geschaffen; eine etwa dahin gehende Intention des Richters wäre jedenfalls im Urteil selbst nicht zum Ausdruck gekommen, vielmehr ist ja der die Haushälfte der

Ehefrau speziell betreffende Klageanspruch ausdrücklich abgewiesen worden.

Der jetzige Kläger ist also durch das ergangene Anerkenntnisurteil an sich nicht gehindert, in dem konkreten Fall der Zwangsvollstreckung ein ihm in Ansehung des Gegenstandes derselben — abgesehen von dem Verwaltungsrecht — zustehendes besonderes, die Veräußerung hinderndes Recht im Weg des Widerspruches geltend zu machen.

c. Der vorige Richter bemerkt zwar, es könne sich fragen, ob nicht der jetzt auf das Miteigentumsrecht gestützte Widerspruch des Klägers infolge seines Verhaltens im Vorprozeß wegen Verzichtes desselben ausgeschlossen sei, und die Berufungsbeklagte hat denn auch in gegenwärtiger Instanz einen Verzicht des Klägers behauptet. Dieser Einwand ist jedoch nicht begründet.

In der mündlichen Verhandlung der Vorprozesses hat der damals beklagte Ehemann R. E. durch seinen Prozeßbevollmächtigten dem Anspruch der Klägerin bezüglich der Zwangsvollstreckung in die Haushälfte widersprochen, er hat eingewendet: die Klägerin könne im gegenwärtigen (damaligen) Prozeß nicht die Zwangsvollstreckung in ein einzelnes Errungenschaftsstück verlangen, da man nicht wissen könne, ob solches zur Zeit der Zwangsvollstreckung noch vorhanden sei; insbesondere könne das in Frage stehende Haus in der Zwischenzeit verkauft werden; und ein Ausspruch, wie ihn Klägerin verlange, komme einer Arrestanlage auf die Haushälfte gleich. Hiegegen brachte der damalige klägerische Vertreter vor: würde blos allgemein ausgesprochen, daß der beklagte Ehemann die Zwangsvollstreckung in das Vermögen seiner Ehefrau zu gestatten habe, so sei nicht ausgeschlossen, daß er, wenn die Klägerin später bei dem Vollstreckungsgericht Zwangsvollstreckung in die fragliche Haushälfte beantrage, mit bis jetzt zurückgehaltenen Einreden hervortrete, so daß Klägerin von neuem klagen müsse. Darauf bestritt der Vertreter des beklagten Ehemanns, daß dieser Einreden, die er jetzt geltend machen könne,

zurückhalte, und wies noch auf die Möglichkeit der Anfechtung etwaiger fraudulöser Verfügungen hin.

Der Unterrichter führt — in den Gründen des jetzt angefochtenen Urteils — hiezu an, das Miteigentumsrecht des Klägers habe ja schon längst bestanden, hätte also schon im Vorprozeß geltend gemacht werden können.

Indessen ist ein (grundsätzlich nicht zu präsumierender) Verzicht des Klägers auf etwaige weitere Einreden oder auf jeden künftigen Widerspruch aus jenem Vorbringen bezw. Verhalten desselben nicht, keinesfalls mit Sicherheit, zu folgern. Der Vertreter des jetzigen Klägers hat möglicherweise damals an ein dem Kläger auf Grund Miteigentumsrechtes zustehendes Widerspruchsrecht nicht gedacht und in diesem Fall wollte er weder mit dieser Einrede zurückhalten, noch darauf verzichten. Derselbe mag auch — wie vom Berufungskläger jetzt behauptet wird — schon damals der Ansicht gewesen sein, die Zwangsvollstreckung in die Haushälfte der Ehefrau werde nicht unmittelbar durch Zwangsverkauf der Haushälfte selbst, sondern nur durch Pfändung der Ansprüche der Ehefrau erfolgen dürfen. Dem Antrag der Klägerin selbst hat der damalige Beklagte Widerspruch entgegengesetzt; die für sein Bestreiten vorgebrachten Gründe können ihm, sofern darin auch nicht ein eventuelles Anerkenntnis liegt, für die Folgezeit nicht präjudizieren.

5. Hiernach ist zu untersuchen, ob das Miteigentum des Klägers an der ehelichen Errungenschaft, abgesehen von dem ihm zustehenden ehemännlichen Verwaltungsrecht, ihm die Befugnis giebt, einer| Zwangsveräußerung der Eigentumshälfte an dem Haus zu widersprechen.

Daß das Miteigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinn des § 690 der C.P.O. darstellen **kann**, ist nicht zu bezweifeln und wird von der Rechtsprechung im allgemeinen, wie speziell für das Miteigentumsrecht des Ehemanns an der Errungenschaft anerkannt [1]).

1) **Gaupp**, C.P.O. § 690 S. 377. **Falkmann**, Zwangsvollstr.

Zum Widerspruch berechtigt das Miteigentum jedenfalls dann, wenn die Zwangsvollstreckung durch Pfändung beweglicher körperlicher Sachen oder durch Beschlagnahme und Verkauf unbeweglicher Gegenstände selbst erfolgen soll. Durch die Pfändung und den Verkauf der ganzen Sache wird selbstverständlich das Miteigentum des Dritten, welches sich auf alle physischen Teile der unabgeteilten Sache erstreckt, beeinträchtigt und verletzt. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um Zwangsveräußerung nicht des ganzen Anwesens, sondern nur der ideellen Anteilshälfte der Ehefrau.

a) Stellt man sich zunächst auf den Standpunkt, daß dieser Eigentumsanteil schon jetzt ein selbständiges, für sich veräußerliches Vermögensobjekt der Ehefrau bilde, so wäre durch eine Subhastation desselben das Eigentum des Ehemanns an der anderen Hälfte der Substanz nach allerdings nicht berührt. Indes setzt die Widerspruchsklage des § 690 nicht voraus, daß das Recht des Dritten durch die Vollstreckung vernichtet, aufgehoben werde, es genügt ein thatsächlicher Eingriff in das Recht des Dritten, eine Beeinträchtigung der Ausübung des Rechtes, im Besitz oder im Gebrauch [1]).

Nun kann zugegeben werden, daß bei dem gewöhnlichen Miteigentum an einer unbeweglichen Sache das Miteigentumsrecht des Einen die Zwangsveräußerung des ideellen Anteils des Anderen ungeachtet der damit etwa verbundenen Störung in der Ausübung des Miteigentums nicht zu hindern vermag. Dem Miteigentümer steht prinzipiell das Recht zu, seinen Anteil jederzeit zu veräußern. Und nach dem bei uns geltenden Recht wird der ideelle Teil einer unbeweglichen Sache als ein in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehöriger (körperlicher) Gegenstand angesehen [2]).

S. 116 f., S. 188 ff. v. Wilmowski-Levy, C.P.O. § 690 S. 941 Nr. 2. Entsch. des Reichsger. Bd. XIII Nr. 43 S. 179, 180. Seuffert, Archiv Bd. 40 Nr. 79, Bd. 46 Nr. 76.

1) Vgl. Gaupp, C.P.O. § 690 S. 377 N. 16 und Citierte.

2) Pfandgesetz vom 15. April 1825 Art. 4, 9. Wächter, W. Privatrecht II § 37 A S. 211 ff. Lang, Sachenrecht I § 30 S. 180 IV;

b) Damit ist jedoch die Frage für das Miteigentum des Ehemanns an der Errungenschaft nicht entschieden. In dieses Miteigentumsrecht wird, auch bei Unterstellung eines Miteigentums der Eheleute an den einzelnen Objekten, durch den Zwangsverkauf der ideellen Hälfte der Ehefrau an einer Errungenschaftsliegenschaft in weit höherem Maße und viel einschneidender eingegriffen, als dies sonst bei dem Miteigentum der Fall ist, was sich zumal in einem Falle zeigt, wo, wie vorliegend, das subhastierte Grundstück der Familie zur Wohnung, dem Ehemann zum Geschäftsbetrieb dient. Schon durch die Beschlagnahme der Liegenschaft, die Ergreifung des Besitzes oder Mitbesitzes durch den nach Art. 8 des Gesetzes vom 18. August 1879 aufgestellten Verwalter (vergl. Vollzugsverordnung vom 1. Oktober 1879 § 11 Abs. 2 Z. 4) wird der Ehemann in der Ausübung seines Eigentumsrechtes, im Besitz und Gebrauch erheblich behindert. Kommt es dann zum Zwangsverkauf an einen Dritten, so würde, wenn der Käufer nunmehr in dem Verhältnis des freien Miteigentums an der Stelle der Ehefrau eintritt, das Recht des Ehemanns gegenüber dem bisherigen Rechtszustand wesentlich geschmälert. Während der Ehefrau eine selbständige Dispositionsbefugnis (abgesehen von den für Handelsfrauen 2c. etwa geltenden Ausnahmen) überhaupt nicht, ein Gebrauchsrecht nur insoweit, als es durch ihre familienrechtliche Stellung gegeben ist, zukam, ein Anspruch auf reelle Teilung während der Ehe versagt war, wäre der neue Miteigentümer an keine dieser Schranken gebunden; er könnte dem Ehemann jeden einseitigen Gebrauch verwehren und insbesondere auf Teilung bezw. Versteigerung klagen. Es kann dies in Verhältnissen, wie sie im gegenwärtigen Fall vorliegen, eine Entwertung des Eigentums für den Ehemann und eine Beeinträchtigung der ökonomischen Existenz zur Folge haben. Der Kläger hat das Haus zur Nudelfabrikation eingerichtet und betreibt darauf das Geschäft, von dessen Ertrag er sich und seine Familie zu ernähren hat; es ist denkbar, daß durch

II § 166 S. 185 ff. **Gaupp**, Anhang zur C.P.O. (W.) S. 67 zu § 757. **Falkmann**, Zwangsvollstr. S. 189 N. 11.

den Zwangsverkauf der Hälfte des Hauses samt den als Zubehörden zum Verkauf mit ausgeschriebenen Geschäftseinrichtungen der Gewerbebetrieb des Klägers und damit der Unterhalt der Familie gefährdet würden; die Möglichkeit, daß er durch Vereinbarung mit dem neu eintretenden Teilhaber sich die Fortsetzung der bisherigen Art der Benützung des Anwesens sichern könne, ist doch wohl eine prekäre.

c) Diese Erwägungen könnten freilich nicht maßgebend sein, wenn angenommen werden müßte, daß durch die nach unserem Landesrecht bestehende Haftung des Frauengutes für voreheliche Schulden der Ehefrau dem Ehemann die Verpflichtung auferlegt sei, schon während Bestehens der ehelichen Gütergemeinschaft den Anteil der Frau an den einzelnen Errungenschaftsgegenständen zu Bezahlung solcher Sonderschulden unbedingt freizugeben. Es würde sich zwar in diesem Fall noch die Frage erheben, ob eine so allgemein lautende Feststellung, wie sie gegen den Kläger in dem Urteil des Landgerichts Ulm vom 4. Mai 1894 ergangen ist, an sich und angesichts des Umstandes, daß in diesem Urteil der speziell auf die Haushälfte der Ehefrau gerichtete Klageantrag abgewiesen wurde, einen zureichenden Titel für die Zwangsvollstreckung in diese Haushälfte darstellt, ob nicht die Beklagte gegenüber dem Widerstand des Ehemanns einen besonderen, die individuelle Bezeichnung der Exekutionsobjekte enthaltenden Vollstreckungstitel gegen den Kläger, auf Duldung der Besitzentsetzung bezw. Einräumung des Mitbesitzes an den Verwalter erwirken müßte [1]), und bei letzterer Annahme die weitere Frage, ob auf dem Wege der Einrede bezw. der Widerklage im Interventionsprozeß nachträglich ein solcher Titel beschafft, die eingeleitete Zwangsvollstreckung sanktioniert werden könnte.

Einer Entscheidung dieser Fragen bedarf es indessen nicht, da die oben unterstellte Auffassung des Rechtsverhältnisses der Ehegatten nicht für zutreffend zu erachten ist. Wohl aber möchten schon die angedeuteten praktischen Konsequenzen einen Hinweis darauf enthalten, daß die Entscheidung nicht lediglich an

1) Vgl. Lämmert in Boschers Zeitschr. Bd. 32 S. 327.

der Hand des römischrechtlichen Miteigentumsbegriffes zu finden ist.

6. Dem Miteigentum der Ehegatten an der Errungenschaft bei dem landrechtlichen Güterverhältnis wie an dem Gesamtgut bei der allgemeinen Gütergemeinschaft kommt ein eigentümlicher Charakter zu, welcher in der Natur des ehelichen Verhältnisses begründet ist und in mehrfacher Beziehung eine Modifikation des Inhaltes der beiderseitigen Rechte mit sich bringt. Das eheliche Gesamtvermögen bildet während der Ehe eine einige und äußerlich ungezweite Vermögensmasse in der Hand des Ehemannes, welcher als alleiniger Vertreter und Repräsentant des Vermögens nach außen gilt [1]).

Während — bei der Errungenschaftsgesellschaft — das Sondergut im Alleineigentum des betreffenden Ehegatten verbleibt steht die Errungenschaft, das gemeine Gut, im Miteigentum beider Gatten. Dürfte man nun das Rechtsverhältnis bei der Errungenschaftsgesellschaft — wie der Vertreter des Berufungsklägers geltend macht — als ein deutschrechtliches Gesamteigentum auffassen, so könnte während der Dauer der Gemeinschaft von bestimmt zu sondernden ideellen Anteilen der Ehegatten an den Errungenschaftsgegenständen und einer Zwangsvollstreckung in solche Anteile keine Rede sein [2]). Und es ist richtig, daß die gemeinrechtliche Theorie sich jener Auffassung neuerdings mehr und mehr wieder zuwendet, wie denn jetzt der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs auch der Errungenschaftsgemeinschaft das Prinzip des deutschrechtlichen Miteigentums zu Grund gelegt und die Konsequenzen hieraus, auch in Absicht auf die Zwangsvollstreckung gegen die Eheleute, gezogen hat [3]).

Allein für die Württembergische Errungenschaftsgesellschaft

1) Vgl. Lang, Pers.R. § 46 S. 331, § 51 Z. II, III S. 358. Gaupp, Anhang zur C.P.O. S. 53 ad § 671.

2) Vgl. Falkmann in Rassow-Künzel, Beiträge, Bd. 35 S. 504 Note 50.

3) Entwurf I §§ 1342 ff., 1417. Motive IV S. 335, 492 ff., 505. Entwurf II §§ 1337, 1338, § 1414. Entwurf eines § 754a der C.P.O. f. civilist. Archiv Bd. 83 S. 439.

gestatten die positiven Bestimmungen unserer Gesetze die Annahme eines deutschrechtlichen Eigentums zu gesamter Hand nicht. Das W. Landrecht, dessen Verfassern ohne Zweifel der letztere Rechtsbegriff entfernter lag als die damalige romanistische Auffassung eines condominium oder einer societas, spricht doch zu bestimmt davon, daß an dem Errungenen und Gewonnenen jedem Ehegatten der „halbe Teil" zu Eigentum gehöre. Die betreffenden Stellen: L.R. III 7. §§ 2. 3. IV, 5 §§ 1, 2; 6 §§ 2, 7 §§ 2, 3; 8 §§ 2, 3 enthalten zwar zumeist Bestimmungen für den Fall der Beerbung des Ehegatten beziehungsweise für die Gesellschaftsteilung, setzen aber eine hälftige Anteilsberechtigung als schon während der Ehe bestehend voraus und insbesondere stellt der § 2, III, 7 ganz allgemein den Grundsatz auf, daß an den errungenen Gütern jedem Ehegatten der halbe Teil zugehörig sei. Wenn daher zwar für die allgemeine Gütergemeinschaft neuestens wieder auch für unser Recht das deutsch-rechtliche Prinzip Vertheidiger findet, so ist doch nahezu allgemein anerkannt, daß nach unserem Recht bei der Errungenschaftsgesellschaft die Ehegatten hinsichtlich der Errungenschaftsmasse unter sich in dem Verhältnis eines Miteigentums, condominium pro indiviso, der Art stehen, daß jedem die ideelle Hälfte an den Errungenschaftssachen gehört, — eine Auffassung, von welcher auch unsere Pfandgesetzgebung ausgegangen ist [1]).

Ganz und nach allen Beziehungen läßt sich aber gleichwohl das Miteigentumsverhältnis der Ehegatten in die Form des römischen condominium nicht einfügen; es vermag seinen Ursprung aus deutschem Rechtsleben nicht völlig zu verläugnen und behält seine besondere, nicht blos in dem ehemännlichen Verwaltungsrecht, sondern in der ehelichen Gemeinschaft und Zweckbestimmung wurzelnde Gestaltung bei, so lange die Errungensgemeinschaft nicht aufgelöst ist. Der Anteil jedes Gat-

1) Vgl. Pfandentwickel.Gesetz vom 21. Mai 1828 Art. 52. Bolley, Kommentar III S. 1283 ff. Lang, Pers.R. § 51 S. 358 und Note 1. Gaupp, Anhang zur C.P.O. § 681 S. 53 u. Note 2 mit Cit. Lämmert in Boschers Zeitschr. Bd. 34 S. 320 ff.

ten an der Errungenschaft — die ideelle Hälfte — wird demselben erst bei Auflösung der Gemeinschaft (endgültig) zugeschieden; bis dahin stellt das gemeinschaftliche Vermögen, nach außen jedenfalls, eine ungetrennte Masse dar, welche für die Veräußerung und Zwangsvollstreckung als Vermögen des Ehemanns behandelt wird. Insbesondere tritt vor Aufhebung der Gemeinschaft ein ideeller Anteil der Ehefrau an der Errungenschaft und den einzelnen Bestandteilen derselben nicht hervor, ihr Miteigentumsrecht ist in solange gewissermaßen ein ruhendes, „latentes". Das Verhältnis ist in dieser Beziehung grundsätzlich das gleiche, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft [1]).

Der Anteil der Ehefrau an der Errungenschaft wird frei und tritt in Aktivität bei Auflösung und Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft zufolge der Trennung der Ehe oder der Anrufung der weiblichen Freiheiten seitens der Ehefrau oder eines darauf gerichteten Vertrags der Ehegatten; ebenfalls durch die Liquidation des Gemeinschaftsvermögens, welche ein Konkursverfahren mit sich bringt; nicht aber ohne weiteres schon mit dem Eintritt eines Umstandes, welcher das Verwaltungsrecht des Ehemannes außer Wirkung setzt; hiermit ist zunächst nur ein Hindernis für die Ehefrau bezw. deren Gläubiger beseitigt, schon während der Dauer der ehelichen Gemeinschaft die Auseinandersetzung und Zuscheidung ihres Anteils zu verlangen. Insolange als eine Gesellschaftsteilung nicht erfolgt ist, kann den Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehefrau, auch wenn der Ehemann gesetzlich verpflichtet oder dazu verurteilt ist, diese Vollstreckung zu dulden und derselben also das ehemännliche Verwaltungsrecht nicht entgegenstände, doch nicht sofort und unmittelbar der ideelle Anteil der Ehefrau an einem individuellen Errungenschaftsstück (— falls nicht der Ehemann das Objekt freiwillig hergiebt —) bilden, sondern nur der Anspruch der Ehefrau rücksichtlich des Errungenschaftsvermögens, ihr Anteilsrecht an der noch unge-

1) S. Gaupp, Anhang cit. S. 53 und Note 7. Entwurf eines Gesetzes über die ehel. Gütergemeinschaft von 1840, Motive zu Art. 27, § 228 ff. Seite 207.

teilten Vermögensmasse; und diese Zwangsvollstreckung hätte nicht im Weg der Immobiliarexekution, sondern nach Maßgabe des § 754 cf. § 730 ff. der C.P.O. zu erfolgen [1]).

7. Der Ehemann ist, wie schon eingangs erwähnt, nicht selbst Schuldner der vorehelichen Schuld seiner Ehefrau, er ist nicht verpflichtet, diese Schuld aus seinem Vermögen bezw. aus dem Gesamtgut zu bezahlen, sondern nur — wie auch im gegenwärtigen Fall durch das Urteil im Vorprozeß erkannt wurde, die Zwangsvollstreckung wegen dieser Schuld in das Vermögen der Ehefrau zu gestatten [2]). Das Vermögen der Ehefrau bildet ihr Sondergut und ihr Anteil an der Errungenschaft. Hat man unter diesem Anteil den seinerzeit bei der Gesellschaftsteilung der Ehefrau zufallenden Teil des Errungenschaftsvermögens zu verstehen, so wäre die Folge, daß Gegenstand der Zwangsvollstreckung nur der Anteil an der Nettoerrungenschaft sein kann. Eine Errungenschaft im engeren und eigentlichen Sinn ergiebt sich nur und erst nach Abrechnung der unbezahlten Sozialschulden und nach Abzug der Sonderguts- bezw. Ausgleichungsansprüche der Ehegatten von dem gesamten Bruttovermögen [3]).

Ueber den Umfang, in welchem das Vermögen der Ehefrau, während dauernder Ehe für deren voreheliche Schulden haftet und über die Art, wie der Gläubiger der Frau aus ihrem Errungenschaftsanteil Befriedigung findet, gehen die Ansichten für das gemeine Recht, soweit eine solche Haftung überhaupt anerkannt wird, auseinander. Daß das Befriedigungsrecht der Sondergläubiger der Frau nach dieser Richtung noch weiter reiche als die Ansprüche der Ehefrau auf den Anteil an der reinen (Netto-)Errungenschaft, erscheint, wenigstens für unsere Errungenschaftsgemeinschaft, nicht nachweisbar. Allge-

1) Gaupp, C.P.O. Bd. II § 690 S. 377; § 754 S. 494 Note 5. Falkmann bei Rassow-Künzel Bd. 35 S. 504 f. N. 50. Entwurf des bürgerl. Gesetzbuchs, oben cit.; Motive S. 406. (Archiv f. civilist. Praxis Bd. 83 cit. S. 439 Note 37; cf. S. 430.)

2) Vgl. Boschers Zeitschr. Bd. 32, cit. insbes. S. 235.

3) Lang, Pers.R. § 57 S. 389. Stein-Hohl, Erbrecht §§ 315 ff., S. 345.

meine Rechtsgrundsätze und die vorstehend ausgeführten Rechtsverhältnisse der Ehegatten an dem gemeinen Gut sprechen für die Beschränkung der Haftung in dem gedachten Sinn.

Ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung zwar, welchen der Vertreter des Berufungsklägers für die Ausgleichungsansprüche des Ehemannes aus Landrecht IV 4 § 6 ableitet, ist in der Bedeutung eines Vorrechtes des Ehemannes dort nicht statuiert; es sind hier eben für die „Einbuß" des Mannes einerseits wie für diejenige der Ehefrau in dem folgenden § 7 andererseits die Grundsätze aufgestellt, nach welchen bei der Gesellschaftsteilung die Ausgleichung zwischen den Sondergütern und dem gemeinen Gut vorzunehmen ist; aber allerdings findet in diesen Bestimmungen eben das Prinzip seinen Ausdruck, daß erst durch Abzug der Ausgleichungsansprüche sich herausstellt, ob eine wirkliche Errungenschaft, oder ob eine „gemeine Einbuße" vorhanden ist. Und nicht mit Unrecht ist auf die Analogie derjenigen Gesetzesbestimmungen hingewiesen worden, welche dem Teilnehmer an einer Gemeinschaft oder Gesellschaft ein Absonderungsrecht an den Werten der Gemeinschaft einräumen, insbesondere diejenige des § 44 der Reichskonkursordnung (zu vergl. Art. 65 des W. Pfandentwicklungsgesetzes), wornach derjenige, der sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigentum, in einer Gesellschaft oder in einer andern Gemeinschaft befindet, wegen der auf ein solches Verhältnis sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Anteil des Gemeinschuldners verlangen kann. Auch hier wie weiter in dem Vorabzug von Gemeinschaftsschulden Dritter spricht sich sodann der Grundgedanke aus, daß als Anteil des Gemeinschaftsgenossen nur sein Nettoanteil am gemeinschaftlichen Vermögen anzusehen ist [1]) und daß nur dieser Anteil den Gegenstand des berechtigten Zugriffes seiner Privatgläubiger bilden solle. Es greift auch für diese Verhältnisse der Rechtssatz durch: „omnia bona non intelliguntur nisi de-

1) Entsch. des Reichsger. Bd. 8 S. 104, Bd. 26 S. 113.

ducto aere alieno"[1]). Im Interventionsprozeß ist freilich des näheren nicht zu untersuchen, wie sich die Befriedigung des Gläubigers, sofern er sich nur an den Anteil der Ehefrau am Errungenschaftsvermögen im Ganzen halten kann, aus diesem Vermögen zu erfolgen hat, ob er mit den Ausgleichungsansprüchen des Ehemannes und mit den Sozialgläubigern konkurriert oder denselben gegenüber zurückzustehen hat; es genügt hier, darauf hinzuweisen, daß ein Recht des Gläubigers der Ehefrau, für eine voreheliche Schuld derselben vor Auflösung der Gemeinschaft ein einzelnes Errungenschaftsstück zur Zwangsvollstreckung zu bringen, auch nicht durch Grundsätze über die Haftung des Frauenvermögens begründet erscheint. Ob ein bloßes Absonderungsrecht des Ehemanns die Veräußerung hindern würde, kann dahinstehen.

8. Dem Ausgeführten zufolge war die Frage, ob dem Kläger ungeachtet des im Vorprozeß gegen ihn ergangenen Urteils in seinem Miteigentumsrecht an die Errungenschaft ein die Veräußerung der subhastierten Haushälfte hindernbes Recht zustehe, zu bejahen. Dieses Miteigentum deckt sich nicht mit dem Verwaltungsrecht des Ehemanns[2]). Wenn zwar der Kläger angesichts jenes gegen ihn erwirkten Vollstreckungstitels einer auf Grund von § 754 bezw. § 730 der C.P.O. in das Vermögen der Ehefrau eingeleiteten Zwangsvollstreckung gegenüber sich nicht mehr auf sein Verwaltungsrecht — oder auch auf sein Nutzungsrecht — berufen dürfte, so kann er doch der Zwangsvollstreckung so wie sie in den (für die Veräußerung zur Zeit noch gar nicht frei gewordenen) Anteil der Ehefrau an dem Anwesen eingeleitet wurde, den Widerspruch aus dem Gemeinschafts- und Miteigentumsverhältnisse entgegensetzen.

Urteil des II. Civilsenats vom 4. März 1895 in Sachen Erb gegen Buck.

Die Revision der Beklagten hat das Reichsgericht zurückgewiesen.

1) Motive zur K.O. S. 224; s. übrigens Stieglitz, K.O. § 37 IV S. 336.

2) Vgl. auch Sarwey-Bossert, K.O. § 44 Note 8 S. 466.

45.

1. Einklagung einer Forderung, die zur Konkursmasse gehört hätte, aber nicht dazu gezogen worden ist, durch den vormaligen Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkursverfahrens?
2. Zur Auslegung des § 6 Abs. 1 K.O.

Der Beklagte Th. hat dem Kläger H. für eine Warenschuld 2 im November 1883 und April 1884 fällige Wechsel über zus. 650 M. acceptiert. Am 29. März 1884 hat der Kläger H. selbst die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen bei dem Amtsgericht Elsfleth beantragt, welchem Antrag dieses Amtsgericht am gleichen Tage entsprochen hat.

Die Konkursakten ergeben, daß weder in dem Antrag des H., noch in dem Inventar, noch in der Konkursrechnung des Verwalters, noch in dem im Schlußtermin den Gläubigern vorgelegten Verzeichnis der unverwertbaren Objekte etwas von den Forderungen des Klägers H. gegen den Beklagten Th. erwähnt ist und es ist unbestritten, daß die genannten Wechselforderungen nicht zur Konkursmasse des H. gezogen worden sind. Der Schlußtermin in diesem Konkurs fand am 9. Oktober 1885 statt, worauf das Amtsgericht Elsfleth am 4. November 1885 die Aufhebung des Konkurses beschloß. Ueber die Wechselsumme hat Beklagter am 1. Juli 1887 dem Kläger einen Schuldschein ausgestellt. Im Jahr 1890 wandte sich Kläger an das Amtsgericht Elsfleth mit einer Eingabe, worin er die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens wegen verschiedener ihm gegen den Beklagten zustehenden Forderungen, worunter auch die fraglichen Wechselforderungen beantragte. Das Amtsgericht teilte den Antrag dem Konkursverwalter und dem Gläubigerausschuß im Konkurs des H. zur Aeußerung mit und wies, nachdem diese Aeußerungen eingekommen waren, den Antrag ab. Dieser Beschluß (dessen Inhalt, wie der der Aeußerungen des Konkursverwalters und Gläubigerausschusses aus den Urteilsgründen ersichtlich ist) ist dem Beklagten am 26. Juli

1890 zugestellt und an den Konkursverwalter expediert worden, der keine weiteren Schritte in Betreff der von H. bezeichneten Vermögensbestandteile that. Auf Grund des Schuldscheins vom 1. Juli 1887 hat nun Kläger 1895 Klage gegen den Beklagten auf Bezahlung von 650 M. erhoben. Beklagter hat gegen die Klage eingewendet: Kläger sei nicht aktiv legitimiert und über die eingeklagte Forderung zu verfügen nicht berechtigt. Die Klage ist in zweiter Instanz abgewiesen worden aus folgenden

Gründen[1]):

I. Der auf die Urkunde vom 1. Juli 1887 gestützten Klage hält der Beklagte in erster Linie entgegen, der Kläger sei nicht befugt, diesen Anspruch geltend zu machen, weil derselbe zu der Konkursmasse des H. gehöre, über welche der Gemeinschuldner nach § 5 K.O. zu verfügen nicht berechtigt sei. Dem Einwand der mangelnden Klagberechtigung gegenüber macht der Kläger zunächst geltend, wenn auch dieser Vermögensteil zur Konkursmasse gehört hätte, so wäre ihm derselbe durch die Erklärungen des Konkursverwalters vom 6. Juni 1890, des Gläubigerausschusses vom 11. Juli 1890 und durch den Beschluß des Konkursgerichts, des Amtsgerichts Elsfleth, vom 21. Juli gl. Js. zur eigenen Geltendmachung überlassen worden.

Wäre diese Behauptung richtig, so wäre die Klage allerdings begründet; es hat auch der vorige Richter diese Behauptung des Klägers als zutreffend erachtet; allein mit Unrecht.

Der Konkursverwalter hat hinsichtlich der unter Z. 1 des Antrags des H. erwähnten Forderung gegen Th. erklärt, diese Forderung sei in den Büchern sicherlich nicht vorgefunden, sonst wäre dieselbe gewiß eingefordert worden und er hat beigefügt ob H. zur Wiederaufnahme des bereits als abgeschlossen anzusehenden Konkursverfahrens eventuell zur Einziehung etwaiger nachträglich bekannt gewordener Forderungen berechtigt sei, müsse Unterzeichneter bestreiten, da die Gläubiger nur 8⁷/₁₀ % ihrer Forderungen erhalten und auf eine Nachforderung bei

1) Vgl. R.G. 36 Nr. 5. — Anm. d. Red.

besserer Vermögenslage des Schuldners nicht verzichtet haben. Hierin liegt nur die Erklärung, er glaube nicht an die Existenz bezw. an die Zugehörigkeit der Forderung zur Konkursmasse; wenn sie dazu gehören würde, so bestreite er dem H. das Recht, sie geltend zu machen, es liegt darin aber nicht die Erklärung, auch wenn die Forderung zur Konkursmasse gehören würde, wolle er dieselbe dem H. zur eigenen Einklagung überlassen. Ebensowenig ist etwas Derartiges in der Erklärung des Gläubigerausschusses enthalten. Ueber die fragliche Forderung sagt derselbe, es seien die Bücher nicht übersichtlich genug geführt, um mit Sicherheit die ausstehenden Forderungen auszufinden. Von der angeblichen Forderung an Th. habe der Gläubigerausschuß nie erfahren; die Mitglieder des Gläubigerausschusses raten auch heute dringend von einem Vorgehen gegen die angeblichen Schuldner ab, da sie an keinen Ersatz glauben. Auch hier ist mit keinem Wort ausgedrückt, daß sie die von dem Gemeinschuldner angegebene Forderung diesem eventuell überlassen wollen.

Das Konkursgericht aber hat zunächst ausgeführt, daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens und Anberaumung eines Termins zur Wahl eines Verwalters und eines Gläubigerausschusses, wie dies H. beantragt hatte, zu dem gedachten Zweck nicht stattzufinden habe.

Dies ist vollkommen richtig, denn eine Nachtragsverteilung ist ein Teil des Konkursverfahrens selbst und es hat der bisherige Konkursverwalter und Gläubigerausschuß fort zu fungieren. Weiter wird in den Gründen gesagt, überdies scheine ein Vorgehen gegen die angeblichen Schuldner ohne Aussicht auf Erfolg bezw. was die angebliche Forderung an Th. betreffe, so sei dieselbe nach Erklärung des Verwalters in den Büchern nicht vorgefunden und die Mitglieder des früheren Gläubigerausschusses haben nie davon erfahren. Daß das Konkursgericht hiemit weder selbst die Forderung an Th. dem Antragsteller überlassen wollte, noch in den Aeußerungen des Konkursverwalters und des Gläubigerausschusses eine solche Ueberlassung gefunden hat, geht mit Sicherheit aus dem Erlaß an den Kon-

kursverwalter hervor, wo es heißt, das Amtsgericht müsse dem pflichtmäßigen Ermessen des Konkursverwalters überlassen, ob und in wie weit er über die Existenz der angeblichen Forderung an Th. Erkundigungen einzuziehen für nötig halte. Diese Anweisung an den Konkursverwalter hätte keinen Sinn gehabt, wenn die Forderung dem H. überlassen worden wäre, somit den Konkursverwalter nichts mehr angegangen hätte. Auch in der ferneren Unthätigkeit des Konkursverwalters liegt keine solche Uebertragung.

Unzutreffend ist sodann der Grund, daß andernfalls die Forderung gleichsam herrenlos geworden wäre. Hat dieselbe zur Konkursmasse gehört, und ist sie dem Gemeinschuldner zur eigenen Verfügung nicht überlassen worden, so ist sie eben immer noch ein Teil der Konkursmasse, auf welchen die Bestimmungen der §§ 5, 6 und 153 der K.O. Anwendung finden.

Aus dem Bisherigen folgt, daß der Konkursverwalter, der Gläubigerausschuß und das Konkursgericht ein weiteres Verfahren nicht deshalb ablehnten, weil sie den Anspruch gegen Th. dem jetzigen Kläger überlassen wollten, sondern deshalb, weil sie die Voraussetzung eines weiteren Verfahrens, nämlich die Ermittlung weiterer zur Konkursmasse gehöriger Vermögensstücke (§ 153 Abs. 2 K.O.) nicht als gegeben erachteten. Dies ist aber etwas anderes, als die Freigabe eines Vermögensstücks an den Gemeinschuldner, welche zur Voraussetzung hat, daß der Konkursverwalter das Vorhandensein des Vermögensstücks kennt und dasselbe trotzdem dem Gemeinschuldner überlassen will.

Nicht zu billigen ist sodann die Annahme des vorigen Richters: mehr zu thun, als Kläger gethan habe, um eine nachträgliche Einziehung und Verteilung seiner angeblichen Ausstände herbeizuführen, habe dem Kläger billigerweise nicht zugemutet werden können. Nach § 92 K.O. ist der Gemeinschuldner verpflichtet, dem Verwalter, dem Gläubigerausschuß u. s. w. über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Allein der Gläubigerausschuß sagt in seinem Bericht vom 11. Juli 1890 ausdrücklich, der Kridar habe dem Gläubigerausschuß in einer gemeinsamen Sitzung mit demselben die erbetene Auskunft

verweigert und seien die Bücher nicht übersichtlich genug geführt, um mit Sicherheit die ausstehenden Forderungen auszufinden. Auch in seinem Antrag hat der Antragsteller nähere Anhaltspunkte über die Forderung gegen Th. nicht gegeben; er hat sodann nicht aufgeklärt, warum diese Forderung in den Büchern sich nicht findet, oder wo sie zu finden sei. Er hätte nur die Wechsel sowie die Urkunde vom 1. Juli 1887, welche zur Zeit des Antrags schon ausgestellt war, vorlegen und über die Entstehung dieser Urkunde und die Vermögensverhältnisse des Beklagten Th. Auskunft geben dürfen, worauf, wie kaum zu bezweifeln ist, seinem Antrag entsprochen worden wäre. Er kann nunmehr diesen Antrag mit besserer Begründung wiederholen und gegen einen ablehnenden Bescheid Beschwerde erheben; er kann auch nötigenfalls mit Hilfe des Konkursgerichts den Konkursverwalter zur bestimmten Erklärung darüber auffordern, ob er die Forderung gegen den Beklagten Th. für die Konkursmasse in Anspruch nehme oder ihm überlasse. So lange letzteres nicht ausdrücklich oder in konkludenter Weise von dem Konkursverwalter erklärt ist, bleibt die Forderung, wenn sie dies war, ein Teil der Konkursmasse, es findet § 5 der K.O. auf sie Anwendung, der Kläger ist nicht befugt, sie einzuklagen und der Beklagte kann diesen Mangel der Klagberechtigung gegen den Kläger geltend machen, weil er sonst Gefahr liefe, doppelt bezahlen zu müssen.

(In Ziff. II wird zunächst ausgeführt, daß die fraglichen Wechselforderungen zur Konkursmasse gehört hätten, sodann wird fortgefahren:) Es wird nun behauptet, Kläger wäre nach Beendigung des Konkurses zur Verfügung über die Forderung nur dann nicht berechtigt gewesen, wenn er dieselbe im Konkurse absichtlich verschwiegen hätte; denn in der Nichtverwertung einer Forderung durch die Verwalter liege die stillschweigende Ueberlassung derselben an den Gemeinschuldner.

Allein auch dies ist unrichtig, wie sich aus § 153 Abs. 2 der K.O. und den Motiven dazu [1]) klar ergiebt. Auch ein nach Aufhebung des Verfahrens ermitteltes Vermögensstück ist und

1) Hahn, Materialien zur K.O. S. 45 und 345.

bleibt Teil der Konkursmasse und Gegenstand der Nachtragsverteilung und unterliegt den Bestimmungen der §§ 5 und 6 der K.O. Nur wenn der Verwalter ein Vermögensstück als zur Konkursmasse gehörig kennt und dasselbe nicht verwertet, kann unter Umständen daraus auf einen Verzicht geschlossen werden. Daß aber der Verwalter im Konkurs des H. zunächst keine Kenntnis von dem Bestehen der Forderung gegen Th. hatte, hernach aber die Ueberzeugung gewann, die Forderung bestehe nicht und deshalb die Verwertung unterließ, ergiebt sich aus dem bisher Ausgeführten.

III. Der Kläger wendet aber weiter ein, die Forderung aus der Abrechnung vom 1. Juli 1887 gehöre keinenfalls zur Konkursmasse, weil sie nach Beendigung des Konkurses entstanden sei. Allein aus letzterer Thatsache folgt noch nicht, daß der Kläger befugt sei, die Forderung geltend zu machen. Derselbe hat selbst vorgetragen, „der Schuldschein vom 1. Juli 1887 beziehe sich auf die beiden Wechsel vom 1. und 15. September 1883, an deren Stelle er getreten sei", und es wird behauptet, in der Abrechnung vom 1. Juli 1887 liege eine Novation. Hieraus ergiebt sich, da diese Wechsel Teile der Konkursmasse waren, daß in der Abrechnung vom 1. Juli 1887 eine Rechtshandlung in Beziehung auf Gegenstände der Konkursmasse liegt. Der Kläger war aber nach § 5 der K.O. nicht befugt, über Vermögensobjekte, die zur Konkursmasse gehörten, zu verfügen; er konnte über die Wechselforderungen, über die er zu verfügen nicht berechtigt war, mit dem Beklagten ein Novationsgeschäft nicht abschließen und er konnte sich nicht an Stelle der Wechselforderungen, die ihm nicht gehörten, die Bezahlung der Summe von 650 M. versprechen lassen. Diese Rechtshandlung ist den Konkursgläubigern gegenüber nach § 6 der K.O. nichtig. Der Konkursverwalter kann daher immer noch die ursprünglichen Forderungen gegen den Beklagten Th. verfolgen und es wäre daher der Beklagte der Gefahr doppelter Bezahlung ausgesetzt, wenn er jetzt an den Kläger bezahlen müßte, da er ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben dem Konkursverwalter gegenüber sich nicht auf die Abrechnung

vom 1. Juli 1887 berufen könnte. Der Beklagte ist daher berechtigt, seine Leistung insolange zurückzuhalten, bis er dieser Gefahr nicht mehr ausgesetzt ist. Die Konkursordnung statuiert ausdrücklich und absichtlich im Gegensatz zur Anfechtbarkeit eine Nichtigkeit der Rechtshandlung [1]). Ist aber ein Rechtsgeschäft nichtig, so kann sich jeder, der aus dem Geschäft in Anspruch genommen wird, auf die Nichtigkeit berufen und es kann daher auch der Gegenkontrahent des Gemeinschuldners diesem die Nichtigkeit entgegenhalten [2]). Dem steht nicht entgegen, daß § 6 der K.O. sagt, Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommen habe, seien den Konkursgläubigern gegenüber nichtig. Dies hat die Bedeutung, daß die Konkursgläubiger bezw. der Konkursverwalter die Wahl haben, ob sie die Rechtshandlung als nichtig behandeln oder ob sie dieselbe gelten lassen wollen. Bei dieser relativen Nichtigkeit liegt demgemäß ein Schwebezustand vor, der von der Entscheidung des Konkursverwalters bezw. der Konkursgläubiger abhängt. Bis sich der Konkursverwalter entschieden hat, bleibt die Handlung nichtig.

Dies gilt auch für solche Massegegenstände, welche im Konkursverfahren verheimlicht und erst nach Aufhebung des Konkurses entdeckt worden sind, selbst wenn die Rechtshandlung erst nach Aufhebung des Konkurses vorgenommen worden ist; denn sie sind eben Teile der Konkursmasse, auf welche die §§ 5 und 6 K.O. Anwendung finden und es wäre andernfalls dem Gemeinschuldner die Möglichkeit in die Hand gegeben, sie durch alsbaldige Veräußerung nach Aufhebung des Konkurses der Masse zu entziehen, während sie doch auch nach Aufhebung des Konkurses zur Masse gehören und dieser erhalten bleiben sollen.

Nach dem unter I Ausgeführten ist die Nichtigkeit auch nicht nachträglich geheilt worden, da der Konkursverwalter sich noch nicht dafür entschieden hat, dem Kläger den der Konkursmasse zustehenden Anspruch gegen den Beklagten freizugeben. Der Kläger aber kann aus der nichtigen Handlung keine Rechte

1) Motive zu § 6 S. 61 l. c.
2) Wilmowsky, Konk.O. S. 63.

für sich ableiten, da ihm wegen mangelnder Verfügungsbefugnis die Legitimation zur Sache fehlt.

Urteil des I. Civilsenats vom 22. November 1895 in Sachen Thaden gegen Heye.

46.

Zur Frage der Gerichts- und der Anwaltsgebühren bei Trennung der Verhandlung im Sinne der §§ 136 und 274 der C.P.O.

In Sachen B. gegen M. hatte das Prozeßgericht 1. Instanz die Gegenforderung des Beklagten gemäß § 136 Abs. 2 der C.P.O. zur Verhandlung in getrenntem Prozesse verwiesen und über die Klagforderung durch Urteil vom 17. Nov. 1893, über die Gegenforderung durch Urteil vom 31. Mai 1895 entschieden, die Anrechnung doppelter Prozeß- und Verhandlungsgebühren des Anwalts des Beklagten aber durch Beschluß vom 12. Mai 1896 auf eine Prozeß- und eine Verhandlungsgebühr unter Bezugnahme auf § 25 der G.O. für Rechtsanwälte [1]) abgemindert.

Auf erhobene Beschwerde wurde der Abstrich aufgehoben in Erwägung:

1) daß der Begriff der Instanz im Sinne des § 25 der G.O. für Rechtsanwälte derselbe ist, wie der im Sinne der §§ 28—33 des Gerichtskostengesetzes [2]);

2) daß hinsichtlich eines zu getrenntem Verfahren gemäß § 136 Abs. 2 oder § 274 der C.P.O. vorbehaltenen Kompensationsanspruchs ganz wie der § 562 Abs. 3 und der § 563 der C.P.O. [3]) so auch der § 33 des Gerichtskostengesetzes entsprechende Anwendung zu finden hat [4]);

1) „Jede der in § 13 benannten Gebühren kann der Rechtsanwalt in jeder Instanz rücksichtlich eines jeden Teils des Streitgegenstands nur einmal beanspruchen."

2) S. Mot. zur R.A.G.O. S. 46; Pfafferoth, Die Geb.O. f. R.A. § 25 Anm. 3; zu vergl. Entsch. des R.G. Bd. 23 S. 350—51.

3) S. Entsch. der ver. Civils. des R.G. Bd. 31 S. 1 ff.

4) Zu vergl. auch G.K.G. § 11, sowie Mot. zum G.K.G. S. 55 und

3) daß daher vorliegend sowohl bezüglich der Klagforderung als bezüglich der gesondert verhandelten Gegenforderung wie für die Gerichts-, so auch für die Anwalts-Gebühren je „ein besonderer Rechtsstreit" (G.K.G. § 33) vorlag.

Beschluß [1]) des II. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts in Sachen Blessing c. Maunz vom 11. Juni 1896.

Pfafferoth a. a. O. S. 76 lit. d; Walter, G.O. f. R.A. § 10 Note 51 letzter Abs. (2. Aufl. S. 163).

1) Beschwerde gegen diesen Beschluß ist nicht erhoben, wohl aber gegnerischerseits nachträglich nun auch eine doppelte Prozeß- und Verhandlungsgebühr zu dem Ausgleichsverfahren des § 100 der C.P.O. liquidiert worden. Das Prozeßgericht 1. Instanz genehmigte — nunmehr in Anwendung nicht bloß des § 33 des G.K.G., sondern auch des § 28 der G.O. für Rechtsanwälte — zwar eine zweifache Verhandlungs-, nicht aber eine zweifache Prozeßgebühr und die gegen den letzteren Abstrich erhobene Beschwerde wurde durch Beschluß des II. Civilsenats vom 17. Sept. 1896 unter Hinweisung auch darauf, daß (s. Walter, G.O. für Rechtsanwälte § 10 Note 23 Abs. 2 u. 3 — 3. Aufl. S. 126) der Beschluß der Trennung des Verfahrens keine rückwirkende Kraft in Absicht auf die Gebührenansätze zu äußern vermöge, als unbegründet zurückgewiesen. D. E.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

7.

Rückwirkung der Novelle vom 12. März 1894 zum Unterstützungswohnsitzgesetz.

(Die Rückwirkung ist nicht dahin zu verstehen, daß ein vor dem Inkrafttreten der Novelle nach Maßgabe der früheren Vorschriften eingetretener Verlust des Unterstützungswohnsitzes als nicht geschehen anzusehen wäre.)

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

I. Der am 17. August 1871 in Böckingen, O.A. Heilbronn, als Sohn des Taglöhners Jonas Ambacher geborene ledige Emil Ambacher ist in Karlsruhe, nachdem er auf Kosten der dortigen Krankenkasse der Baugewerksinnung vom 15. Dezember 1893 bis 5. März 1894 im dortigen Diakonissenhaus untergebracht worden war, im Wege der öffentlichen Armenpflege vom 6. März bis 7. Mai 1894 und wieder vom 10. Mai bis 28. Mai 1894 im dortigen städtischen Krankenhause wegen Erkrankung an Bronchialasthma verpflegt worden. Am 30. Mai 1894 nach Heilbronn zugereist, ist er wegen Mittellosigkeit und Wiedererkrankung an Bronchialkatarrh mit Asthma am 2. Juni in das dortige Katharinenhospital aufgenommen und hier bis 30. Juli 1894 auf Kosten des Ortsarmenverbands Heilbronn verpflegt worden, wodurch ein auf 81 M. 20 Pf. berechneter Kostenaufwand entstanden ist. Diesen Betrag zuzüglich der Auslage von 3 M. 95 Pf. für eine zur Ermittlung des Aufenthalts des Vaters Jonas Ambacher erlassene Bekanntmachung,

zusammen 85 M. 15 Pf., verlangt der Ortsarmenverband Heilbronn, nachdem er wegen der Erstattung sich erfolglos an den Landarmenverband für den Neckarkreis gewendet hat, von dem Ortsarmenverband Böckingen erstattet.

Unstreitig hat der am 17. August 1871 geborene Emil Ambacher aus der Person seines Vaters, als dieser mit ihm, dem Kinde Georg und der Tochter Emilie am 28. September 1888 Böckingen verließ und nach Barmen zog, wo er den erwachsenen Sohn Karl hatte, den Unterstützungswohnsitz in Böckingen gehabt. Der Ortsarmenverband Heilbronn behauptet, daß Emil Ambacher diesen Unterstützungswohnsitz in Böckingen bis zu seiner am 2. Juni 1894 in Heilbronn erfolgten öffentlichen Unterstützung behalten habe, weil einerseits als feststehend anzunehmen sei, daß der Vater Jonas Ambacher um den 14. Januar 1889 verstorben sei, und weil andererseits, sofern der mit dem 1. April 1894 in Kraft getretenen Novelle zum Unterstützungswohnsitzgesetz rückwirkende Kraft nicht zukomme, Emil Ambacher erst mit dem 1. April 1894 armenmündig geworden sei und somit den Unterstützungswohnsitz in Böckingen bis zum 2. Juni 1894 keinenfalls habe verlieren können. Eventuell behauptet Kläger, daß, falls der Novelle zum Unterstützungswohnsitzgesetz rückwirkende Bedeutung beigelegt würde, Emil Ambacher den Unterstützungswohnsitz in Böckingen aus eigenem Recht nicht verloren habe, weil er in der Zeit seit der Zurücklegung des 18. Lebensjahrs den Ablauf der zum Verluste des Unterstützungswohnsitzes führenden Frist durch zeitweilige Rückkehr nach Böckingen unterbrochen habe.

Das Untergericht, indem es der Novelle vom 12. März 1894 rückwirkende Bedeutung beilegte, hat dieser Rückwirkung die Anwendung gegeben, daß Emil Ambacher vom 17. August 1889 an, an welchem Tage er sein 18. Lebensjahr zurückgelegt habe, als in Bezug auf den Verlust des Unterstützungswohnsitzes selbständig geworden anzusehen sei, daß zwar sein Vater Jonas Ambacher, falls er anfangs 1889 verstorben sei, bis zu diesem seinem Todestag, und falls er den 17. August 1889 noch erlebt habe, noch an diesem Tage den Unter-

stützungswohnsitz in Böckingen gehabt habe, daß aber jedenfalls für Emil Ambacher mit seiner im November 1889 geschehenen Entfernung von Böckingen der Lauf der zweijährigen Frist für den Verlust des Unterstützungswohnsitzes in Böckingen begonnen habe. Nach der Annahme des Untergerichts wäre aber diese zweijährige Frist bis zu der am 2. Juni 1894 in Heilbronn erfolgten öffentlichen Unterstützung des Emil Ambacher abgelaufen gewesen, weil eine Unterbrechung des Fristablaufs nicht erwiesen sei, vielmehr aus dem vom Kläger anerkannten Sachverhalte erhelle, daß Emil Ambacher bei der zeitweiligen Rückkehr nach Böckingen die Absicht, den Aufenthalt daselbst nicht dauernd fortzusetzen, gehabt habe. Demzufolge hat das Untergericht die Klage abgewiesen.

II. Der Verwaltungsgerichtshof erkennt die Begründung des erstinstanzlichen Urteils nicht durchweg als richtig an, gelangt aber gleichwohl zur Zurückweisung der Berufung.

1. Der Auslegung, welche das Bundesamt für das Heimatwesen der mit dem 1. April 1894 in Kraft getretenen Novelle vom 12. März 1894 zum Unterstützungswohnsitzgesetz in Bezug auf Rückwirkung der Herabsetzung des Alters der Armenmündigkeit vom zurückgelegten 24. Lebensjahre auf das zurückgelegte 18. Lebensjahr gegeben hat, ist der Verwaltungsgerichtshof in einer Mehrzahl früherer Entscheidungen grundsätzlich beigetreten; vergl. Jahrbücher der württ. Rechtspflege Band 7 S. 216 und 340.

Nicht richtig ist aber insonderheit die klägerische Behauptung, die Anwendung der Novelle auf die vom Kläger dem Emil Ambacher gewährte Unterstützung sei darum ausgeschlossen, weil wegen Fortdauer der Krankheit und Unterstützungsbedürftigkeit die ihm in Heilbronn gewährte Unterstützung mit der ihm zuvor in Karlsruhe gewährten Verpflegung einen und denselben Pflegefall bilde. Wenn man auch abweichend von dem Untergericht die am 2. Juni 1894 in Heilbronn hervorgetretene Hilfsbedürftigkeit des Emil Ambacher als Fortdauer der früheren Hilfsbedürftigkeit betrachtet, so ist doch diese abweichende Auffassung ohne Einfluß auf die Entscheidung über den vor-

liegenden Erstattungsanspruch, den der Kläger auf Grund der Behauptung, daß Emil Ambacher nicht landarm geworden sei, gegen den Beklagten als den endgiltig verpflichteten Ortsarmenverband erhebt, wobei es sich nicht um die Anwendung des Satzes handelt, daß für den infolge des Eintritts der Hilfsbedürftigkeit verpflichteten Armenverband die Verpflichtung zur Unterstützung so lange als das Unterstützungsbedürfnis fortdaure. Die Anwendbarkeit der Novelle auf die dem Emil Ambacher in Heilbronn gewährte öffentliche Unterstützung wäre nur dann ausgeschlossen, wenn die Leistung der öffentlichen Unterstützung, die am 6. März 1894 in Karlsruhe begann, bis zum 2. Juni 1894 ununterbrochen fortgedauert hätte; vergl. Entsch. des Bundesamts Heft 27 S. 11. Thatsächlich ist aber dem Emil Ambacher nach den Akten öffentliche Unterstützung in der Zeit vom 7. bis 10. Mai und wieder in der Zeit vom 28. Mai bis 2. Juni nicht geleistet worden.

2. Aus der Rückwirkung der Novelle folgt jedoch nicht, daß unentschieden zu lassen ist, ob der Vater Jonas Ambacher, wie der Kläger behauptet, um den 14. Januar 1889 aus dem Leben geschieden ist oder, wie der Beklagte behauptet, zu und nach dieser Zeit am Leben geblieben ist. Aus der Rückwirkung der Novelle ergiebt sich nur, daß Emil Ambacher aus eigenem Recht den Unterstützungswohnsitz in Böckingen verlieren konnte, wenn er in der Zeit seit der Zurücklegung des 18. Lebensjahrs von Böckingen mindestens zwei Jahre lang abwesend geblieben ist. Und zwar konnte der Eintritt dieses Verlusts (insoweit ist das klägerische Vorbringen richtig) nicht vor dem 1. April 1894 und sogar, da Emil Ambacher vom 6. März bis 7. Mai 1894 in Karlsruhe im Krankenhause öffentliche Unterstützung erhielt, nicht vor der Beendigung jener Unterstützung erfolgen.

Dagegen darf nicht mit dem Untergericht unbeachtet gelassen werden, daß, falls der Vater Jonas Ambacher bis zum 28. September 1890 noch am Leben — wenn auch außerhalb des Geltungsgebiets des Unterstützungswohnsitzgesetzes am Leben — war, infolge seiner zweijährigen Abwesenheit von Böck-

ingen er und aus seiner Person auch sein Sohn Emil Ambacher nach dem früheren Recht schon damals den Unterstützungswohnsitz in Böckingen verloren haben. Ein in dieser Weise schon im Jahre 1890 eingetretener Verlust des Unterstützungswohnsitzes in Böckingen ist durch die das Alter der Armenmündigkeit herabsetzende Bestimmung der Novelle nicht wieder aufgehoben und ungeschehen gemacht worden; vergl. auch Entscheidung des Bundesamts vom 22. Februar 1896 im Preußischen Verwaltungsblatt Jahrg. 17, S. 302. Und es kann daher bei der Entscheidung über den gegen den beklagten Ortsarmenverband erhobenen Anspruch die Frage, ob der Vater Jonas Ambacher vor dem 28. September 1890 verstorben ist, jedenfalls dann nicht unentschieden gelassen werden, wenn man zu der Frage, ob Emil Ambacher aus eigenem Recht den Unterstützungswohnsitz in Böckingen verloren hätte, von dem Untergericht abweichend (sei es auf Grund des vorliegenden Beweismaterials oder nach weiteren Beweiserhebungen) zu dem Ergebnisse gelangt, daß die Unterbrechung des Fristablaufs durch zeitweilige Rückkehr nachgewiesen sei oder wenigstens hierüber ein non liquet verbleibe.

3. Da die eventuelle Klagebegründung dahin geht, daß Emil Ambacher bei und seit der Zurücklegung des 18. Lebensjahrs den Unterstützungswohnsitz in Böckingen besessen und denselben, seit er im November 1889 Böckingen verlassen hatte, durch zeitweilige Rückkehr dahin sich erhalten habe, ist der Kläger, wovon er auch selbst ausgeht, mit der Beweispflichtigkeit dafür, daß Emil Ambacher den Unterstützungswohnsitz in Böckingen noch hatte, auch dafür beweispflichtig, daß sein Vater Jonas Ambacher um den 14. Januar 1889 oder später bis zum 28. September 1890 verstorben ist.

Wiewohl Wahrscheinlichkeit dafür vorliegt, daß der Vater Jonas Ambacher um den 14. Januar 1889 den Tod gesucht und gefunden hat, hat jedoch der Kläger den wirklichen Beweis, daß Jonas Ambacher zu dieser Zeit und überhaupt vor dem 28. September 1890 mit Tod abgegangen ist, nicht erbracht. Es steht keineswegs, wie die Landarmenbehörde für den Neckar-

kreis in ihrem Beschlusse vom 1. März 1895 ausgesprochen hat, außer Zweifel, daß Jonas Ambacher nach dem Entweichen von Barmen sich im Rhein ertränkt hat ..... (die Ausführung hierüber bleibt hier weg).

Ist hienach keineswegs ausgeschlossen, daß Jonas Ambacher nach seiner Entweichung aus Barmen am Leben geblieben ist, und auch, falls er jetzt nicht mehr lebt, wenigstens bis zum 28. September 1890 gelebt hat, so fehlt, wie bereits ausgeführt wurde, der vom Kläger zu erbringende Beweis, daß Emil Ambacher den Unterstützungswohnsitz in Böckingen vom 28. September 1890 an noch besessen hat und sich denselben bis zum 2. Juni 1894 erhalten konnte und hieraus ergiebt sich die Abweisung der Klage.

4. Darauf, daß Emil Ambacher den Unterstützungswohnsitz in Böckingen aus eigenem Recht verloren habe, weil die Unterbrechung der Abwesenheit von Böckingen durch zeitweilige Rückkehr dahin nicht erweislich sei, will von dem Verwaltungsgerichtshof die Abweisung der Klage nicht gestützt werden....

Der Verwaltungsgerichtshof müßte Bedenken tragen, ohne vorgängigen weiteren Beweiseinzug die Entscheidung darüber zu geben, ob Emil Ambacher aus eigenem Recht durch Abwesenheit von Böckingen den Unterstützungswohnsitz daselbst verloren hat. Ein positiver Ausspruch, daß, wie der Kläger behauptet, dieser Verlust nicht eingetreten ist, sondern der Ablauf der Frist durch zeitweilige Rückkehr des Emil Ambacher nach Böckingen unterbrochen wurde, ist jedoch nicht erforderlich, da die Abweisung der Klage aus dem zuvor angeführten Grunde auszusprechen ist.

Urteil vom 17. Juni 1896 in der Berufungssache des Ortsarmenverbands Heilbronn gegen den Ortsarmenverband Böckingen.

8.

Auf den Landarmenverband, der einem Ortsarmenverbande die Kosten der vorläufigen Unterstützung erstattet hat, geht dessen Anspruch gegen den endgültig verpflichteten Armenverband über.

Der am 18. Februar 1866 geborene ledige Müller Leonhard Fadenbauer von Langenau O.A. Ulm befand sich vom 9. bis 21. November 1892 im Hospital in Mengen O.A. Saulgau in armenrechtlicher Verpflegung. Die Ortsarmenbehörde Mengen verlangte die Erstattung des hiefür erwachsenen Aufwands von der Ortsarmenbehörde Langenau, da aus den Angaben des Unterstützten hervorging, daß er, wenn auch mehrfach auswärts in Arbeit oder auf Reise, den Winter 1890/91 und den Winter 1891/92 zu Hause bei seinen Eltern zugebracht hatte. Die Ortsarmenbehörde Langenau lehnte die Erstattung ab, da der Unterstützte den Unterstützungswohnsitz in Langenau durch mehr als zweijährige Abwesenheit verloren habe, wobei sie bemerkte, daß nicht bekannt sei, daß er anderswo einen Unterstützungswohnsitz erworben habe. Nun wandte sich die Ortsarmenbehörde Mengen an die Landarmenbehörde für den Donaukreis, deren Ausschuß durch Beschluß vom 30. Januar 1893 die Landarmeneigenschaft des Unterstützten anerkannte und den Aufwand erstattete, wobei seitens des Ortsarmenverbands Mengen eine Abtretung der ihm gegen den Ortsarmenverband Langenau etwa zustehenden Rechte nicht stattgefunden hat. In der Zeit vom 19. bis 25. August 1893 fiel Fadenbauer wieder der armenrechtlichen Fürsorge im Krankenhaus in Nürtingen anheim und es sind die Kosten hiefür von der Ortsarmenpflege Langenau durch Postanweisung bezahlt worden. Diese Thatsache kam im Jahre 1894 zur Kenntnis der Landarmenbehörde für den Donaukreis, als Fadenbauer in Göppingen öffentliche Unterstützung in Anspruch nahm und die Ortsarmenbehörde in Langenau die Erstattung aus demselben Grunde, wie Mengen gegenüber, ablehnte mit dem Anfügen, daß der Unterstützungsaufwand nach

Nürtingen von den Eltern des Fadenbauer ersetzt worden sei, denen hiezu ein Vorschuß aus der Armenkasse verwilligt worden sei, so daß nun die Ortsarmenbehörde Göppingen die Landarmenbehörde für den Donaukreis um Erstattung anging.

Durch die von ihr weiter veranlaßten Ermittlungen gewann die Landarmenbehörde die Ueberzeugung, daß Fadenbauer in der Zeit von der Zurücklegung des 24. Lebensjahres (18. Februar 1890) bis zu der Unterstützung in Mengen den Unterstützungswohnsitz in Langenau nicht verloren, sondern die Abwesenheit durch Rückkehr in die Heimat immer wieder unterbrochen habe, und sie verlangte mit Schreiben vom 14. September 1894 Ersatz des dem Ortsarmenverbande Mengen gezahlten Betrags von dem Ortsarmenverband Langenau. Als dieser ablehnte und der Landarmenverband für den Donaukreis Klage bei der K. Regierung für den Donaukreis erhob, wurde ihm der eingeklagte Betrag durch Urteil vom 30. Oktober 1895 zugesprochen. Die von dem Beklagten erhobene Berufung ist von dem Verwaltungsgerichtshof als unbegründet zurückgewiesen worden, wobei der Verwaltungsgerichtshof der Annahme des Unterrichters, daß Fadenbauer bis zum Eintritt seiner Hilfsbedürftigkeit in Mengen den Unterstützungswohnsitz in Langenau nicht verloren habe, beipflichtete und in den

Gründen

weiter aussprach:

Der Unterrichter hat, davon ausgehend, daß es sich bei dem Kläger nicht um den Eintritt in die Rechte des ursprünglich Forderungsberechtigten nach den Grundsätzen des Privatrechts handle, den Anspruch des Klägers als in dem Unterstützungswohnsitzgesetz selbst begründet erachtet, da ein nach den Bestimmungen dieses Gesetzes unterstützungs- bezw. ersatzpflichtiger Armenverband seiner Verpflichtung dadurch nicht enthoben werde, daß er die ihm angesonnene Leistung zurückweise und deshalb ein anderer, eventuell verpflichteter Armenverband die Leistung übernehme und da auch dem Kläger die ausdrückliche Bestimmung des § 30 Abs. 2 des Gesetzes in der Fassung der Novelle vom 12. März 1894, der rückwirkende

Bedeutung zukomme, zur Seite stehe. Der Beklagte hat seine Berufung gegen diese Entscheidung nicht speziell gerichtet und auch der Verwaltungsgerichtshof tritt dieser Entscheidung in ihrem ersten Teil im wesentlichen bei. Das Bundesamt für das Heimatwesen hat für Fälle der vorliegenden Art, nachdem es allerdings bei dem Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung des Unterstützungswohnsitzgesetzes in einem Fall die Vorschrift des Preuß. Allgemeinen Landrechts I § 46 zu Hilfe genommen hatte, allgemein den Satz aufgestellt und bis in die neueste Zeit festgehalten, daß der erstattende Armenverband von selbst und ohne ausdrückliche Cession in die Rechte des befriedigten Armenverbands eintrete und so den Erstattungsanspruch des Ortsarmenverbands der vorläufigen Unterstützung geltend machen könne; wie auch nach § 62 des Unterstützungswohnsitzgesetzes auf den unterstützenden Armenverband der Rechtsanspruch des Unterstützten auf die Leistungen, zu deren Gewährung ihm ein Dritter aus anderen als den durch dieses Gesetz begründeten Titeln verpflichtet ist, kraft Gesetzes übergeht. Der Grundsatz der fingierten (gesetzlichen) Cession ist auch auf einem andern Gebiete des öffentlichen Rechts, dem des Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherungswesens, allgemein zur Durchführung gelangt. Es geht auch, wie sich aus den Motiven zu der Novelle zu dem Unterstützungswohnsitzgesetz ergiebt, die Novelle davon aus, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen einem Landarmenverband, der einen Bedürftigen unmittelbar unterstützt habe, gegenüber dem nachträglich ermittelten Armenverband des Unterstützungswohnsitzes der Regreßanspruch zustehe. Bei erneuerter Prüfung der Rechtsfrage hält der Verwaltungsgerichtshof an der abweichenden Auffassung, der in dem im Amtsblatt des Ministeriums des Innern von 1893 S. 278 ff. veröffentlichten Falle (s. auch Scharpff, Handbuch des Armenrechts S. 111) Ausdruck gegeben worden ist, daß die maßgebende Norm nicht schon einheitlich in dem Unterstützungswohnsitzgesetz gefunden werden könne und daher auf die verschiedenen Zivilrechte zurückzugreifen sei [1]), nicht fest. Hiernach

1) In der Begründung jenes von dem Verwaltungsgerichtshof mit

bedarf es im vorliegenden Fall eines Eingehens auf rückwirkende Anwendbarkeit der Novelle § 30 Abs. 2 Satz 2 nicht.

Urteil vom 29. April 1896 in der Berufungssache des

Stimmenmehrheit beschlossenen Urteils vom 20. Januar 1892 wurde gesagt: Das Bundesamt für das Heimatwesen habe mehrfach in Fällen, in welchen ein Landarmenverband dem Ortsarmenverband, der einen Hilfsbedürftigen vorläufig unterstützt hatte, wegen der diesem Ortsarmenverband zustehenden Ersatzansprüche befriedigt hat, ein Klagerecht gegen den wirklich definitiv verpflichteten Armenverband zugestanden (Wohlers, Entsch. Heft 4 S. 98, Heft 7 S. 119 und 120) und es habe den Grundsatz, daß der zahlende Landarmenverband in die Rechte des befriedigten Ortsarmenverbands eintrete, auch in dem Falle zur Anwendung gebracht, wenn der Landarmenverband, der die einem vorläufig unterstützenden Ortsarmenverband entstandenen Kosten übernommen hatte, die von ihm diesem Ortsarmenverband ersetzten Kosten von einem andern zur vorläufigen Unterstützung verpflichteten Ortsarmenverband, weil letzterer seiner Verpflichtung sich entzogen hatte, aus dem Rechte des befriedigten Ortsarmenverbands wieder erstattet verlangte (Wohlers, Entsch. Heft 21 S. 57). Diese Entscheidungen des Bundesamts betreffen jedoch bloß solche Fälle, in welchen die Wirkung der von dem klagenden Landarmenverband dem vorläufig unterstützenden Ortsarmenverband geleisteten Zahlungen nach preußischem Recht zu beurteilen gewesen sei. Der Satz des Allgemeinen Preußischen Landrechts, daß „überhaupt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner auch ohne ausdrückliche Cession in die Rechte des bezahlten Gläubigers eintrete", enthalte aber in seiner Allgemeinheit eine Anomalie und sei dem gemeinen bezw. württembergischen Rechte fremd. Nach dem im vorliegenden Falle maßgebenden gemeinen Recht sei nicht einmal der Satz, daß überall da, wo eine gesetzliche Verpflichtung des Gläubigers zur Abtretung der Klagerechte bestehe, die Abtretung als geschehen fingiert werde, anzuerkennen (Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. I S. 314, II S. 167; vgl. Württ. Arch. Bd. IX S. 437, X S. 133, XVII S. 188).

Hiegegen kommt in Betracht: Das Unterstützungswohnsitzgesetz regelt zwar vermögensrechtliche Ansprüche zwischen den Armenverbänden, dieselben sind aber nicht materiell privatrechtliche, die nur, was die Zuständigkeit der Entscheidungsbehörden betrifft, aus Zweckmäßigkeitsgründen den Verwaltungsgerichten zugewiesen sind. Es ist daher grundsätzlich nicht statthaft, allenthalben, wo das Unterstützungswohnsitzgesetz eine ausdrückliche Vorschrift nicht enthält, ohne weiteres die verschiedenen Civilrechte zur Ergänzung heranzuziehen. Vielmehr ist das Gesetz, soweit immer thunlich, in der Weise auszulegen, daß in ihm eine für das ganze Geltungsgebiet des Gesetzes gültige Norm gefunden wird; zweifellos bleiben

Ortsarmenverbands Langenau gegen den Landarmenverband für den Donaukreis.

allerdings Streitpunkte übrig, zu deren Entscheidung die entsprechende Anwendung der Civilrechte nicht zu umgehen ist. Die §§ 28 und 30 des Unterstützungswohnsitzgesetzes enthalten die Fundamentalsätze, welchen Armenverbänden die vorläufige und welchen Armenverbänden die endgültige Tragung der Last der öffentlichen Armenpflege obliegt. Der Fall, daß der vorläufig unterstützende Ortsarmenverband von dem endgültig verpflichteten Ortsarmenverband oder Landarmenverband Erstattung verlangt, ist nur der gewöhnliche Fall, aber nicht der einzige durch das Gesetz geregelte; der § 30 Abs. 1 sagt weder in seiner ursprünglichen noch in seiner jetzigen Fassung, daß der klagende Armenverband nur ein Ortsarmenverband sein könne. Zieht man in Fällen der vorliegenden Art die verschiedenartigen Bestimmungen der Civilrechte zur Ergänzung herbei, so wird nicht nur die Handhabung des Gesetzes mit Schwierigkeiten belastet, sondern werden auch finanziell ungleichartige Wirkungen hervorgebracht, die doch wohl bei der Erlassung des Gesetzes vermieden werden wollten. Den Fall gesetzt, daß der Landarmenverband für den Donaukreis dem Ortsarmenverbande Mengen nicht bloß einen Ersatz für den auf den Fadenbauer gemachten Unterstützungsaufwand geleistet, sondern den Fadenbauer in eigene Fürsorge übernommen hätte, würde jetzt dem Landarmenverbande eine Klage gegen den Ortsarmenverband Langenau auf Uebernahme des Fadenbauer auf Grund der §§ 30 und 31 des Gesetzes nicht abzuschlagen sein. Nach der neueren Praxis des Bundesamts gehören unter das Unterstützungswohnsitzgesetz auch die Fälle, in denen eine Abschiebung stattgefunden hat und der Ortsarmenverband, der die Unterstützung vorläufig gewährt hat, den Ortsarmenverband, der sie vorläufig hätte gewähren sollen, belangt; anfänglich hatte das Bundesamt nur einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, worüber der Civilrichter zu entscheiden hätte, als möglich anerkannt (Wohlers, Entsch. Heft II S. 95).

Die Fälle der Zurückforderung einer Nichtschuld hat allerdings bis jetzt die Rechtsprechung des Bundesamts als solche behandelt, bei denen auf die Civilrechte zurückzugehen sei (Wohlers-Krech, Ges. über den U.-W. 7. Aufl. zu § 28 Note 43 und Urteil vom 12. Oktober 1895 im Preuß. Verwaltungsblatt Jahrg. 17 S. 117). — Red.

9.

Zu Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung. Maß der Verpflichtung zur Leistung der Straßenkostenbeiträge.

Frontlänge des zu errichtenden Gebäudes nebst dazu gehörigem Hofraum und Garten, wie sie bei dem Beginn des Bauwesens vorhanden ist.

Im Anschluß an die Art. 13 und 15 Abs. 1 der Bauordnung enthält das Ortsbaustatut der Stadtgemeinde Gmünd, welches durch Erlaß des K. Ministeriums des Innern vom 28. März 1876 genehmigt worden und am 15. April 1876 in Kraft getreten ist, folgende Bestimmungen:

§ 5. Die Gemeinde ist zu Herstellung der im Ortsbauplan vorgesehenen Straßen verpflichtet, wenn und soweit an solchen neue oder ältere Gebäude in regelmäßiger Folge an die Gebäude bestehender Straßen sich anreihen, auch wenn dieser Anschluß nur auf einer Seite der neu anzulegenden Straße vorhanden ist. Dabei gilt die regelmäßige Folge der Gebäude durch gebotene Abstände, Höfe, kleinere Hausgärten, öffentliche Wege und dergl. nicht als unterbrochen.

§ 6. Bei der Anlegung einer neuen oder bei der Verlängerung einer bestehenden Baustraße ist der Aufwand für die Erwerbung der zur Straße notwendigen Grundfläche von den angrenzenden Eigentümern, sobald auf ihren Grundstücken Gebäude errichtet werden, insoweit zu tragen oder zu ersetzen, als der von der Stadt für die Erwerbung gemachte Aufwand die Summe von 100 M. für das Ar übersteigt.

§ 7. Bei Berechnung der Größe der einzelnen Beiträge wird die für jeden Grundeigentümer in Betracht zu ziehende Fläche nach der Frontlänge des zu errichtenden Gebäudes nebst dazu gehörigem Hofraum und Garten und zwar an geradlinigen Straßen rechtwinklig, an gebogenen Straßen von Normale zu Normale gemessen.

Zum Zweck der teilweisen Anlegung der im Ortsbauplan vorgesehenen Heugenstraße erkaufte die von dem Gemeinderat in Gmünd beauftragte Stadtpflege am 27. November 1888 von

dem Gärtner Rapp von der Parzelle 939/4 5 a 92 qm Blumen- und Gemüsegarten um 2368 M. mit der Bestimmung, daß die Grundfläche der Käuferin sofort in das Eigentum und den Nutzen übergeben werde, und am 9. November 1891 von dem Kaufmann Rudolph und dem Bäcker Scheuerle von deren Wiese Parz. 942/2 1 a 43 qm um 572 M.

Mit oberamtlicher Genehmigung vom 12. April 1889 hat der Werkmeister Karl Mayer von Stuttgart auf der Parzelle 939/12 das Wohngebäude Nr. 101/75 an die Heugenstraße unter den im Ortsbaustatut vorgesehenen Bestimmungen gebaut und durch Kaufvertrag vom 19. Novbr. 1889 hat er dieses Gebäude, sowie die dazu gehörige Parzelle 939/12 mit noch 1 a 24 qm Gemüsegarten hinter und neben dem Haus an Therese v. Auer, Kaufmanns Witwe in Gmünd, verkauft. Die letztere hat sodann am 21. März 1891 von der Witwe des Gärtners Rapp die Parz. 939/13 4 a 98 qm „Lustgarten" im Stadtgarten neben der Käuferin und der Verkäuferin um 2241 M. gekauft.

Nachdem die Heugenstraße im Etatsjahr 1891/92 hergestellt war, berechnete die Stadtgemeinde Gmünd den auf die Witwe v. Auer gemäß § 6 des Ortsbaustatuts entfallenden Anteil an den Kosten der Grunderwerbung für jene Straße für das Wohngebäude der Beklagten Nr. 101/75 auf 89 M. 67 Pf. und für den hinzugekauften Garten auf 802 M. 50 Pf. zusammen 892 M. 17 Pf.

Nachdem die Stadtgemeinde Gmünd bei der K. Kreisregierung in Ellwangen Klage auf Bezahlung dieser Summe erhoben hatte, erkannte die Witwe v. Auer die Verpflichtung zur Bezahlung des Betrags von 89 M. 67 Pf. an; zur Bezahlung des weiteren Betrags von 802 M. 50 Pf. wurde sie von der Kreisregierung verurteilt. Auf ihre Berufung hat der K. Verwaltungsgerichtshof die Stadtgemeinde Gmünd mit ihrer Klage, soweit sie den von der Beklagten anerkannten Betrag überstieg, abgewiesen.

Gründe:

Der Art. 15 der Bauordnung behandelt, wie aus dem

Zweck der Gesetzesbestimmung, ihrem Zusammenhang mit dem Art. 13 und den Worten der Motive „diejenigen, welche an einer projektierten oder schon ausgeführten neuen Ortsstraße Häuser bauen" (vgl. Bitzer, Bauordnung S. 187 und 190), sich ergiebt, nicht nur den Fall, daß an einer bereits auf Kosten der Gemeinde hergestellten neuen Ortsstraße oder Ortsstraßenstrecke auf dem angrenzenden Grundeigentum ein Gebäude errichtet wird, sondern auch den Fall, daß nach der Festsetzung der Baulinie auf dem an die projektierte neue Ortsstraße oder Ortsstraßenstrecke angrenzenden Grundstücke an der projektierten Straße oder Straßenstrecke ein Gebäude errichtet worden ist und hernach von der Gemeinde der Aufwand für die Erwerbung der zur Anlegung oder Verlängerung der Straße notwendigen Grundfläche und ihre Planierung gemacht wird. Daß auch in dem Ortsbaustatut der klagenden Stadtgemeinde Gmünd die zur anteiligen Tragung oder Erstattung der Grunderwerbungskosten verpflichtenden §§ 6 und 7 diese beiden Fälle umfassen, davon geht auch die klagende Stadtgemeinde aus, indem sie von der Beklagten die Bezahlung eines Anteils an denjenigen Grunderwerbungskosten (die Planierungskosten fallen nach dem Statut den Anliegern nicht zur Last) mitverlangt, deren Aufwendung erst im Jahre 1891 durch den Kaufvertrag vom 9. November des genannten Jahres erfolgt ist.

Vergleiche auch zu dem dem Art. 15 der Bauordnung entsprechenden § 15 des preußischen Fluchtliniengesetzes Friedrichs, Gesetz vom 2. Juli 1875, betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften, 3. Aufl. S. 114 ff.

Wird das Gebäude an einer neuen Straße oder Straßenstrecke errichtet, für welche die Gemeinde den Aufwand für die Grunderwerbung, beziehungsweise auch die Planierung bereits gemacht hat, so wird, mag der Aufwand rechnungsmäßig bereits feststehen und anteilmäßig berechnet sein oder noch nicht feststehen und anteilmäßig berechnet sein, die Verpflichtung zur Erstattung, wenn auch im letzteren Falle die Forderung der Gemeinde noch nicht fällig ist, für den angrenzenden Grund-

eigentümer, „sobald" auf dem Grundstück das Gebäude errichtet wird, begründet und damit zugleich in dem Umfang begründet, wie er sich in dem Zeitpunkte der Errichtung des Gebäudes bemißt, d. h. es kommt die Frontlänge des zu „errichtenden" Gebäudes (Statut § 7 Abs. 1) nebst dazu gehörigem Hofraum und Garten in Betracht, wie sie bei dem Beginne des Bauwesens vorhanden ist. Vor dem „Bauen" (vgl. Bitzer a. a. O. S. 187 und 189) entsteht für den Anlieger keine Verpflichtung und es kommt daher nicht darauf an, in welchem Zeitpunkte die Gemeinde die Aufwendungen und insbesondere die letzte Aufwendung für die Grunderwerbung gemacht hatte und in welchem Zeitpunkte die Herstellung der ganzen Straße oder Straßenstrecke mit der Planierung oder die vollständige Herstellung der Straße (Art. 10 Abs. 2 der Bauordnung) geschehen ist. Auch ist nicht maßgebend, in welchem Zeitpunkte die Umlage des für die Grunderwerbung bezw. auch die Planierung gemachten Aufwands auf die Anlieger erfolgt. Eine seit dem Beginne des Bauwesens bis zur Umlage der Grunderwerbungs- und Planierungskosten eingetretene Verlängerung oder Verkürzung der Frontlänge des zu dem Gebäude gehörigen Hofraums und Gartens ist ohne Einfluß auf den Betrag des von dem Anlieger zu bezahlenden Beitrags [1]).

Wenn der Aufwand für die Grunderwerbung bezw. auch die Planierung erst gemacht wird, nachdem das Gebäude an der projektierten Straße oder Straßenstrecke vollendet oder mit der Errichtung des Gebäudes begonnen ist, liegt kein Grund vor, von dem Voranstehenden abweichend für die Berechnung des Anliegerbeitrags einen anderen Maßstab von Frontlänge als den der zur Zeit der Errichtung des Gebäudes vorhandenen Frontlänge zur Anwendung zu bringen. Die Ausdrucksweise des Art. 15 der Bauordnung und der §§ 6 und 7 des Ortsbaustatuts giebt für eine abweichende Behandlung keinen Anhalt; vielmehr weist auch für den vorausgesetzten Fall der Wort-

1) Vgl. auch Friedrichs a. a. O. S. 140 und Erkenntnis des preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 14. November 1894 im preuß. Verwaltungsblatt 1894/95 S. 162 f.

laut des Art. 15 und des § 6 des Ortsbaustatuts „sobald auf ihren Grundstücken Gebäude errichtet werden", darauf hin, daß mit der Errichtung und zwar mit dem Beginne der Errichtung des Gebäudes an der projektierten neuen Ortsstraße oder Ortsstraßenstrecke für den angrenzenden Grundeigentümer die Verpflichtung entsteht, anteilmäßig den Aufwand zu tragen, der der Gemeinde aus der Erwerbung der für die Straße oder Straßenstrecke notwendigen Grundfläche bezw. auch aus der Planierung erwachsen wird. Dadurch, daß der Betrag dieser Aufwendungen noch unbekannt ist, wird nur die nähere Bestimmung des Betrags und die Fälligkeit des Anspruchs der Gemeinde aufgeschoben. Indem der Art. 15 der Bauordnung (und ebenso der § 6 des Ortsbaustatuts) die Ausdrucksweise „zu tragen oder zu ersetzen" gebraucht, giebt er auch keinen Anhalt dafür, daß die Verpflichtung des angrenzenden Eigentümers aus dem rechtlichen Gesichtspunkte einer solchen Verpflichtung zur Ersatzleistung aufgefaßt werden müsse, welche erst damit und nur unter der Voraussetzung entstehen könne, daß der Gemeinde ein zu ersetzender Aufwand wirklich bereits entstanden sei. Namentlich sind die Worte „zu tragen" nicht etwa ausschließlich von dem in dem Statut nicht besonders behandelten Falle zu verstehen, daß von dem Anlieger selbst der in die Straßenfläche fallende Teil seines Grundstückes zum Zweck der Herstellung der Straße abzutreten ist. In den Motiven zu Art. 15 der Bauordnung ist die Erlassung der Gesetzesbestimmung damit gerechtfertigt, daß in rasch anwachsenden Orten durch Eröffnung neuer Ortsstraßen zum Bauen der Wert der Grundstücke als nunmehriger regelmäßig sicher gestellter Bauplätze sich plötzlich um das Doppelte und mehr erhöhe und damit ein Gewinn erzielt werde, welchen wesentlich auf Kosten der Gemeinde d. h. der Steuerpflichtigen den Besitzern der betreffenden Grundstücke zuzuwenden unbillig erscheine, und daß zugleich dadurch den Gemeinden Mittel für die Anlegung von weiteren Straßen geboten werden und so das Bauen und die Vergrößerung der Orte gefördert werden. Erfahrungsmäßig tritt aber die Wertssteigerung der zu Bauplätzen ver-

wendbaren Grundstücke nicht erst in dem Zeitpunkt ein, in dem zur Herstellung der Straße für die Erwerbung der erforderlichen Grundfläche für ihre Planierung die Aufwendungen gemacht werden oder die Herstellung der Straße vollendet ist, sondern bereits in dem Zeitpunkte, in dem mit der Feststellung des Ortsbauplans die Verwendbarkeit des Grundstücks als Bauplatz dem Eigentümer in regelmäßig sichere Aussicht gestellt wird, und es unterlag daher vom gesetzgeberischen Standpunkte keinem Bedenken, für solche Fälle, in denen die Errichtung des Gebäudes der Anlegung der Straße vorangeht, die Verpflichtung zur anteiligen Bezahlung des hernach der Gemeinde durch die Erwerbung der Straßengrundfläche und die Planierung entstehenden Aufwands schon in dem Zeitpunkte, in dem mit der Errichtung des Gebäudes begonnen wird, und in der Person desjenigen, der zu dieser Zeit Grundstückeigentümer ist, entstehen zu lassen [1]).

Nach allem dem liegt kein Grund dafür vor, für den vorausgesetzten Fall den Art. 15 der Bauordnung dahin auszulegen, daß es darauf ankomme, zu welchen Zeiten die Aufwendungen für die Grunderwerbungen zu der Straße oder Straßenstrecke gemacht werden, zu welcher Zeit insbesondere die letzte Aufwendung für Grunderwerbung zu der Straße oder Straßenstrecke gemacht wird, bezw. daß es, wo das Ortsbaustatut auch die Kosten der Planierung den Anliegern auferlegt, darauf ankomme, zu welcher Zeit die Planierung der Straße oder Straßenstrecke vorgenommen und beendigt wird. Es ist auch unerheblich, wann schließlich die vollständige Herstellung der Straße oder Straßenstrecke durch Pflasterung, Chaussierung ꝛc., zu welchen Aufwendungen der Gemeinde die Anlieger nicht durch Statut beitragspflichtig gemacht werden können, geschieht. Und insbesondere ist auch nicht entscheidend, in welchem Zeitpunkte seitens der Gemeindebehörde die Umlage des Aufwands für die Grundflächenerwerbung, bezw. auch die Planierung auf die An-

1) Vergl. auch das zu § 15 des preuß. Fluchtliniengesetzes in Betreff des Rechtsverhältnisses zwischen Käufer und Verkäufer ergangene Urteil des Reichsgerichts vom 30. November 1892. Entsch. Bd. 30 S. 234.

lieger erfolgt; von der zum Belieben der Gemeindebehörde stehenden Wahl des Zeitpunkts für die Umlage kann nach der Absicht des Gesetzes und des Statuts der Zeitpunkt der Entstehung und der Umfang der Verpflichtungen der einzelnen Anlieger nicht abhängen. Vielmehr bestimmt sich auch in dem vorausgesetzten Falle das Maß der Verpflichtung nur nach der Frontlänge des Gebäudes nebst dazu gehörigem Hofraum und Garten, wie sie bei Beginn der Errichtung des Gebäudes an der projektierten und nun angelegten Straße vorhanden war; und es würde auch die Verpflichtung nicht vermindert, wenn zur Zeit der Errichtung des Gebäudes der dazu gehörige Garten größer gewesen und hernach ein Teil davon (der zunächst unbebaut bleiben konnte) wegveräußert worden wäre [1]). Im vorliegenden Falle hat der Rechtsvorgänger der Beklagten, Werkmeister Mayer, am 12. April 1889 die oberamtliche Genehmigung zur Erbauung des Hauses, das durch den Kaufvertrag vom 19. November 1889 auf die Beklagte übergegangen ist, erhalten, nachdem bereits die klagende Stadtgemeinde dem Gärtner Rapp die für die stadtbauplanmäßige Verlängerung der Heugenstraße von der Parzelle 939/4 erforderliche Grundfläche durch den Vertrag vom 27. November 1888 abgekauft hatte, wogegen die klagende Stadtgemeinde dem Kaufmann Rudolph und dem Bäcker Scheuerle die zur Verlängerung der Heugenstraße von der Parzelle 942/2 mit 1 a 43 qm erforderliche Grundfläche erst am 9. November 1891 abgekauft und sodann die verlängerte Strecke der Heugenstraße im Etatsjahr 1891/92 durch Planierung, Pflasterung und Chaussierung vollständig hergestellt hat. Zu der Zeit, als Mayer das Gebäude Nr. 101/75 errichtete, hatte dasselbe samt dazu gehörigem Hofraum und Garten (Parz. 939/12) unbestrittenermaßen nur die Frontlänge, für welche die Klägerin den Betrag des Beitrags zu den Kosten der Grunderwerbung für die verlängerte Straßenstrecke auf 89 M. 67 Pf. berechnet hat.

Das Reichsgericht hat in dem oben erwähnten Urteil zu

1) Vgl. auch Friedrichs a. a. O. S. 140 und preuß. Verw.-Blatt 1894/95 S. 162 f.

§ 15 des preuß. Fluchtliniengesetzes dahingestellt gelassen, ob die Verpflichtung zur Beitragsleistung gegen den späteren Eigentümer als solchen geltend gemacht werden könne; von dem preußischen Oberverwaltungsgericht wird die dingliche Natur der Verpflichtung anerkannt [1]). Auch hat sich zu dem Art. 9 des badischen Gesetzes vom $\frac{\text{20. Februar 1868}}{\text{3. März 1880}}$ der badische Verwaltungsgerichtshof in ähnlichem Sinne ausgesprochen [2]). Im vorliegenden Falle ist, da die Beklagte in erster Instanz die Verpflichtung zu Bezahlung des Betrags von 89 M. 67 Pf. anerkannt hat, die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs darüber nicht mehr veranlaßt, ob auch dem Art. 15 der Bauordnung und folgeweise den §§ 6 und 7 des Ortsbaustatuts von Gmünd sich entnehmen läßt, daß die in der Person des Mayer entstandene, wenn auch zu dessen Besitzzeit noch nicht in ihrem Betrage feststehende und noch nicht fällig gewordene Beitragsverpflichtung gegen die Beklagte an sich als dingliche Last der Parzelle Nr. 101/75 klageweise geltend gemacht werden könnte und ob etwa die öffentlichrechtliche Verpflichtung trotz der dinglichen Eigenschaft nicht geltend gemacht werden könnte, wenn, worüber die Klägerin eine Behauptung nicht aufgestellt hat, die Wahrung des dinglichen Anspruchs durch Eintrag in den öffentlichen Büchern nicht erfolgt ist. Jedenfalls ist ein rechtlicher Anspruch der klagenden Stadtgemeinde gegen die Beklagte auf Bezahlung der weiteren 802 M. 50 Pf. daraus nicht abzuleiten, daß, wie klägerischerseits geltend gemacht wird, die Beklagte durch den Vertrag vom 21. März 1891 die Parzelle 939/13 zu den Parzellen 101/75 und 939/12 hinzuerworben hat, in der Kaufvertragsurkunde und der Meßurkunde die hinzugekaufte Parzelle als Lustgarten bezeichnet ist und die hinzugekaufte Parzelle die aus dem von der Klägerin vorgelegten Plan . . . ersichtliche gärtnerische Anlage und an

1) Vgl. Friedrichs a. a. O. S. 148 ff. und Verwaltungsblatt 1894/95 S. 310.

2) Vgl. Rechtsprechung des badischen Verwaltungsgerichtshofs 1864/90 S. 622.

der Heugenstraße die Einfassung mit einem steinernen Sockel und einem eisernen Zaun erhalten hat. Diese gärtnerische Anlage läßt allerdings den Schluß zu, daß der hinzugekaufte Garten Zubehörde der Parzelle Nr. 101/75 geworden ist. Allein eine weitergehende Beitragspflicht der Beklagten ist hiedurch nicht begründet worden. Wäre seiner Zeit nicht bloß die Straßengrundfläche von der Parzelle 939/4, sondern auch die Straßengrundfläche von der Parzelle 942/2 von der Stadtgemeinde erworben worden, bevor im Jahr 1889 der Werkmeister Mayer mit der Errichtung des Gebäudes Nr. 101/75 auf der Parzelle 939/12 begonnen hat, so würde es für die Bemessung des Anliegerbeitrags bei der Frontlänge des Gebäudes Nr. 101/75 nebst Parzelle 939/12 verbleiben. Der Maßstab für die Berechnung des Anliegerbeitrags wird aber dadurch kein anderer, daß die Aufwendung für die Erwerbung der Straßengrundfläche von der Parzelle 942/2 erst nach der Errichtung des Gebäudes Nr. 101/75 gemacht worden ist, wenn auch zu der Zeit, als dieser weitere Aufwand mit dem Kaufvertrag vom 9. November 1891 gemacht wurde, dem von der Beklagten zu ihrem Hause hinzugekauften Garten die Eigenschaft einer Zubehörde zu dem Gebäude Nr. 101/75 durch die gärtnerische Anlage bereits gegeben war, wie in dieser Instanz von der Klägerin behauptet und von der Beklagten anerkannt worden ist. Eine weitere Beitragspflicht entsteht für die Beklagte oder den späteren Eigentümer der Parzelle 939/13 erst dann, wenn auf derselben ein Gebäude errichtet werden wird.

Urteil vom 1. April 1896 in der Berufungssache der Witwe Therese v. Auer in Gmünd gegen die Stadtgemeinde Gmünd.

10.

Zu Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung. Streit über die Verpflichtung zur Leistung eines Straßenkostenbeitrags; Aufrechnung einer Gegenforderung (§ 274 C.P.O.).

Das von den bürgerlichen Kollegien am 10. März 1875 beschlossene und von dem K. Ministerium des Innern am 16. März 1875 genehmigte (ältere) Ortsbaustatut für die Stadt Göppingen, welches am 15. April 1875 in Kraft getreten ist, bestimmt in § 4 zu Art. 15 der Bauordnung: „Bei der Anlegung einer neuen oder bei der Verlängerung einer bestehenden Baustraße haben die angrenzenden Grundeigentümer den Aufwand für die Erwerbung der zur Straße notwendigen Grundfläche je auf die Hälfte der Straßenbreite zu tragen oder zu ersetzen, sobald auf ihren Grundstücken Gebäude errichtet werden.

Der Anteil jedes Grundeigentümers wird nach der Frontlänge des zu errichtenden Vorder- oder Hintergebäudes nebst dazu gehörigem Hofraum und Hausgarten und zwar an geradlinigen Straßen rechtwinklig, an gebogenen Straßen von Normale zu Normale bemessen. An den Ecken der Straßen haben die angrenzenden Grundeigentümer die angegebene Verpflichtung hinsichtlich sämtlicher das Eckgebäude berührenden Straßen . . . .; dagegen sind die Kosten der Erwerbung und Planierung der in der Mitte der Straßenkreuzung übrig bleibenden Fläche ohne Ersatz von der Gemeinde zu tragen.“

Im April 1882 reichte der Beklagte M. Marx bei dem Gemeinderat Göppingen ein Gesuch um Erbauung eines Wohnhauses und Hintergebäudes (Stall- und Remisegebäudes) auf der in seinem Eigentum befindlichen Parzelle 906/5 an der Ecke der Ziegelstraße und der verlängerten oberen Freihofstraße in Göppingen, welch' letztere Straße auf dieser Strecke damals noch nicht eröffnet war, ein. Dieses Baugesuch wurde unter den vom Gemeinderat beantragten Bauvorschriften, welche unter Ziff. 14 bestimmen: „der vor der Baulinie befindliche Straßen-

platz, sowohl in der Ziegelstraße, als der oberen verlängerten Freihofstraße, ist auf Längen der Gebäude und des Hofraums der Stadtgemeinde zur Anlegung der Straße unentgeltlich zu überlassen", von dem Oberamt Göppingen am 21. April 1882 genehmigt und solches dem Beklagten am darauffolgenden Tag unterschriftlich eröffnet.

Im Jahr 1890 wurde die Eröffnung der verlängerten oberen Freihofstraße beschlossen und zum Zweck der Anlegung dieser Straße von der Stadtgemeinde Göppingen durch Vertrag vom 16. Dezember 1890 dem Wirt Georg Schock daselbst der in dem Handriß und der Meßurkunde vom 30. Dezember 1882 als Parzelle 906/7 bezeichnete, zu der auf der Seite des Anwesens des Beklagten gelegenen Hälfte der Straßenbreite gehörende Straßenplatz im Meßgehalt von 48 qm um den Preis von 373,68 M. abgekauft. Auf Ersatz dieses Betrags, woran übrigens die Stadtgemeinde Göppingen zu Gunsten des Beklagten für die von diesem zur Ziegelstraße und verlängerten oberen Freihofstraße abgetretenen, in die Straßenkreuzung fallenden Flächen im Meßgehalt von 153 □Fuß gemäß § 4 Abs. 3 des Ortsbaustatuts 70 Pf. für den □', zusammen 107,10 M., in Abzug brachte, und der Kosten jenes Kaufvertrags mit 8,68 M. wurde nun der Beklagte von der Stadtgemeinde Göppingen in Anspruch genommen. Da der Beklagte seine Ersatzverbindlichkeit bestritt, erhob die Stadtgemeinde bei der K. Regierung für den Donaukreis Klage auf Bezahlung von 275,26 M. nebst Zinsen hieraus zu 5% von der Klagzustellung, dem 22. Februar 1894, an. Der Beklagte bestritt diesen Anspruch der Klägerin, weil ihm durch die Ziff. 14 der Bauvorschriften nur die Verpflichtung auferlegt worden sei, die ihm gehörenden Straßenplätze an der Ziegelstraße und der verlängerten oberen Freihofstraße der Klägerin unentgeltlich zu überlassen, und insofern die dem Beklagten aus Anlaß der Anlegung der letztern Straße nach § 4 des Ortsbaustatuts obliegende Verbindlichkeit eine Abänderung erlitten habe. Sollte jedoch die Klägerin jetzt ihren Ersatzanspruch auf diesen § 4 stützen, so kompensiere der Beklagte mit einer Ersatzforderung

von 600 M. für den von ihm der Klägerin abgetretenen Straßenplatz an der Ziegelstraße. Diese sei nämlich schon zur Zeit des Inkrafttretens des Ortsbaustatuts eine Baustraße gewesen und es finde daher das letztere auf dieselbe keine Anwendung, vielmehr sei der Beklagte berechtigt, den Wert jenes Straßenplatzes von der Klägerin ersetzt zu verlangen. In der mündlichen Verhandlung machte der Beklagte weiter die Einwendung geltend, daß der Anspruch der Klägerin verfrüht erhoben sei, sofern das Stallgebäude Nr. 17 A als Hintergebäude zu dem an der Ziegelstraße erstellten Wohngebäude Nr. 17 anzusehen sei und eine Zubehörde zu demselben bilde, wogegen die Strecke von der nordöstlichen Ecke des Wohngebäudes des Beklagten bis zur Grenze gegen das Eigentum des Schock thatsächlich noch nicht überbaut sei.

Durch Urteil der Kreisregierung vom 11. November 1895 wurde erkannt:

1. Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin die Summe von 275,26 M. Kaufschilling für die Erwerbung der zur Verlängerung der oberen Freihofstraße in Göppingen erforderlichen, nicht im Eigentum des Beklagten befindlichen Parzelle Nr. 906/7 nebst 5% Zins vom 22. Februar 1894 als dem Tag der Klagzustellung ab zu bezahlen; mit der auf die Verwendung eines im Eigentum des Beklagten gestandenen Areals an der Ziegelstraße zur Anlegung dieser letztern Straße gestützten Gegenforderung, durch welche der Beklagte den klägerischen Anspruch kompensieren will, wird der Beklagte auf den Weg abgesonderter Klaganstellung verwiesen.

2. Der Beklagte hat die Kosten des Streites zu tragen.

Auf die Berufung des Beklagten und die von der Klägerin erklärte Anschließung an die Berufung wurde von dem K. Verwaltungsgerichtshof dieses Urteil, soweit durch dasselbe der Beklagte mit der von ihm gegen die Forderung der Klägerin aufgerechneten Gegenforderung auf den Weg abgesonderter Klaganstellung verwiesen worden war, abgeändert und erkannt: Der Beklagte hat der Klägerin die Summe von 275 M. 26 Pf. nebst Zinsen hieraus zu 5% vom 22. Februar

1894 an zu bezahlen und die Kosten beider Instanzen zu tragen.

Aus den Gründen:

1. Der Art. 15 der Bauordnung findet, wie mit Rücksicht auf den Zweck seiner Bestimmung, seinen Zusammenhang mit Art. 13 und den Inhalt der Motive anzunehmen ist, Anwendung nicht bloß, wenn an einer neu angelegten Baustraße oder Baustraßenstrecke, sondern auch wenn an einer im Ortsbauplan erst vorgesehenen Baustraße oder Baustraßenstrecke von dem angrenzenden Eigentümer nach dem Inkrafttreten des Ortsbaustatuts ein Gebäude errichtet und diese Baustraße oder Baustraßenstrecke nachher von der Gemeinde auf ihre Kosten angelegt wird. In diesem Sinn ist in Ermanglung einer abweichenden Bestimmung auch der zu Art. 15 der Bauordnung erlassene § 4 des im vorliegenden Fall zur Anwendung kommenden Göppinger Ortsbaustatuts vom 16. März/15. April 1875 zu verstehen.

Der Beklagte hat nun im Jahr 1882 an der Ecke der Ziegel- und der verlängerten oberen Freihofstraße in Göppingen ein Wohnhaus und ein Hintergebäude errichtet. Unbestritten ist, daß damals die Strecke der letztern Straße, an welcher das Bauwesen des Beklagten liegt, in dem Ortsbauplan von Göppingen vorgesehen gewesen, aber deren Eröffnung, d. h. deren Anlegung als Baustraße erst im Jahr 1890 beschlossen und von der Klägerin zum Zweck der Herstellung dieser Straßenstrecke im gleichen Jahr dem Wirt Georg Schock in Göppingen von dessen Grundstück Parzelle 906/7 eine Fläche im Meßgehalt von 48 qm um 373,68 M. abgekauft worden ist. Da diese Fläche in die auf der Seite des Anwesens des Beklagten gelegene Hälfte der Breite jener Straßenstrecke entfällt, so ist die Verpflichtung des Beklagten zur Erstattung der Kosten der Erwerbung jener Fläche nach § 4 des Ortsbaustatuts an sich begründet.

2. Der Beklagte hält nun aber der aus § 4 des Ortsbaustatuts abgeleiteten Ersatzverbindlichkeit die Einwendung entgegen, daß bei der Errichtung seines Bauwesens im Jahr 1882

ihm nach den vom Gemeinderat Göppingen beantragten und von dem dortigen Oberamt genehmigten Bauvorschriften die Verpflichtung auferlegt worden sei, den vor den Baulinien befindlichen Straßenplatz an der Ziegelstraße und an der verlängerten oberen Freihofstraße auf Länge der Gebäude und des Hofraums der Stadtgemeinde zur Anlegung der Straßen unentgeltlich zu überlassen, und daß hiedurch die Bestimmung des § 4 des Ortsbaustatuts ihm gegenüber dahin abgeändert worden sei, daß er die vor seinem Anwesen gelegene, zur Herstellung jener Straßen erforderliche Grundfläche nur, soweit solche in seinem Eigentum stehe, der Klägerin unentgeltlich zu überlassen habe.

Der Sinn der Bestimmung des Art. 15 der Bauordnung ist, daß durch das Statut die angrenzenden Eigentümer zum Ersatz des von der Gemeinde zu machenden Aufwands angehalten werden, soweit sie nicht in der Lage sind, eine ihnen bereits gehörige Grundfläche an die Gemeinde abzutreten, oder vorziehen, die Erwerbung behufs der Abtretung an die Gemeinde selbst und aus eigenen Mitteln in die Hand zu nehmen. Demgemäß konnte auch auf Grund des § 4 des Göppinger Ortsbaustatuts von der Gemeinde dem Beklagten nicht wider seinen Willen angesonnen werden, die zur Anlegung der Straße erforderliche Grundfläche, welche im Eigentum eines Dritten stand, von diesem behufs der unentgeltlichen Abtretung an die Klägerin zu erwerben, wie denn auch eine Zwangsenteignung nur zu Gunsten der Klägerin als öffentlicher Korporation nach § 30 Verf.-Urk. hätte in Frage kommen können und auch seit der Erlassung des Gesetzes vom 20. Dezember 1888 nur zu Gunsten der Gemeinde als Unternehmerin in Frage kommen könnte. Es war also zunächst Sache der Klägerin, die nicht im Eigentum des angrenzenden Grundbesitzers befindliche Straßenfläche von deren Eigentümer zu erwerben und von dem Beklagten Ersatz zu beanspruchen. Die angeführte Bauvorschrift könnte daher dahin verstanden werden, daß sie nur die unentgeltliche Abtretung der dem Beklagten gehörigen Straßenfläche, wozu dieser nach § 4 des Ortsbaustatuts verpflichtet war, im

Auge habe. Für diese Auslegung ließe sich auch anführen, daß die dem Beklagten gehörige Straßenfläche, wie sie zur Ziegelstraße und Freihofstraße nach der am 30. Dezember 1882 gefertigten Meßurkunde erforderlich war, von dem Güterbuchsbeamten Rapp der Stadtgemeinde schon auf den 1. April 1883 zugeschrieben wurde, obwohl zu dieser Zeit die Herstellung der Freihofstraße noch nicht in Aussicht stand.

Es hat jedoch der Beklagte den ihm obliegenden Beweis nicht geführt, daß die Anwendung der ortsbaustatutarischen Vorschrift durch einen von der Klägerin mit dem Beklagten abgeschlossenen Vertrag ausgeschlossen worden sei. Wie aus dem Gemeinderatsprotokoll .... zu ersehen ist, hat der Gemeinderat Göppingen zum Zweck der Erbreiterung der Ziegelstraße mit mehreren angrenzenden Grundeigentümern Verträge über Abtretung der erforderlichen Straßenfläche abgeschlossen, worin unzweideutig ausgedrückt ist, daß auf diese Grundeigentümer und ihre Rechtsnachfolger, wenn auf deren Grundstücken Gebäude errichtet werden, der § 4 des Ortsbaustatuts nicht anzuwenden sei. Dagegen ist in der Erteilung der Bauvorschrift an den Beklagten eine gleichartige vertragsmäßige Abmachung nicht zum Ausdruck gekommen. Es ist auch die Bauvorschrift von dem Gemeinderat nur vorgeschlagen und von dem Oberamt erteilt worden, dem gegenüber von dem Gemeinderat in keiner Weise ersichtlich gemacht worden war, daß dem Beklagten eine andere, als die ortsbaustatutarische Verpflichtung angesonnen werden wolle. Es lag aber auch für den Gemeinderat keine erweisliche Veranlassung vor, die dem Beklagten als angrenzenden Grundeigentümer obliegende Verpflichtung vertragsmäßig abweichend von dem § 4 des Ortsbaustatuts zu regeln.

Zwar macht in dieser Beziehung der Beklagte geltend, daß der an sein Bauwesen angrenzende Teil der Ziegelstraße eine schon zur Zeit des Inkrafttretens des Ortsbaustatuts bestehende Baustraße gewesen sei, auf diese daher der § 4 des Ortsbaustatuts keine Anwendung finde und der Beklagte folgeweise zur unentgeltlichen Ueberlassung des zur Erbreiterung dieser Straße erforderlichen Areals an die Klägerin nicht verpflichtet gewesen

sei, weshalb angenommen werden müsse, daß die Klägerin durch die fragliche Bauvorschrift die Verpflichtung des Beklagten zur anteilmäßigen Tragung der Kosten der Erwerbung der zur Herstellung der verlängerten oberen Freihofstraße notwendigen Grundfläche gegen die freiwillige unentgeltliche Abtretung des zur Erbreiterung der Ziegelstraße erforderlichen dem Beklagten gehörigen Areals auf die unentgeltliche Ueberlassung der in die Freihofstraße fallenden dem Beklagten gehörigen Grundfläche an die Klägerin beschränkt habe.

Sollte nun auch der Beklagte von Anfang an die Bauvorschrift in dieser Weise verstanden haben, so ist doch nicht erweislich, daß der Gemeinderat zu einem solchen Abkommen mit dem Beklagten sich veranlaßt gesehen hat, geschweige denn veranlaßt sehen mußte. Allerdings hat der Art. 15 der Bauordnung und der § 4 des Göppinger Ortsbaustatuts von 1875 keine rückwirkende Kraft. Hätte jener Teil der Ziegelstraße schon vor dem Inkrafttreten des Ortsbaustatuts als angelegte Baustraße oder Baustraßenstrecke bestanden, so würde hierauf der Art. 15 der Bauordnung und der § 4 des Ortsbaustatuts nicht anzuwenden sein, da, wie sich aus der Fassung des Artikels und aus den Motiven zu demselben [1]) ergiebt, die Gesetzesbestimmung nur auf neue, d. h. erst nach der Wirksamkeit des Ortsbaustatuts angelegte Orts-Baustraßen, bezw. Orts-Baustraßenstrecken sich bezieht. Insbesondere wurde ein in der Kammer der Abgeordneten gestellter Antrag, die Anwendbarkeit dieses Artikels auch im Fall der Erbreiterung einer Straße auszusprechen, abgelehnt [2]).

Der Teil der Ziegelstraße, welcher hier in Betracht kommt, war jedoch zur Zeit des Inkrafttretens des Ortsbaustatuts keineswegs eine bereits angelegte Orts-Baustraße im Sinn des Art. 15 der Bauordnung .... (Die Ausführung hierüber bleibt hier weg.)

Es lag daher für den Gemeinderat kein Anlaß vor, bei dem Antrag auf Erteilung der Bauvorschriften für die Errich-

1) **Bitzer**, Bauordnung S. 187.
2) **Bitzer** a. a. O. S. 191.

tung des Bauwesens des Beklagten bezüglich der demselben bei der Anlegung der Ziegel- und der verlängerten oberen Freihofstraße nach § 4 des Ortsbaustatuts obliegenden Verpflichtungen von diesem Paragraphen abweichende Bestimmungen zu treffen. Es ist auch nirgends ersichtlich, daß der Gemeinderat bezüglich der Frage, ob der in Betracht kommende Teil der Ziegelstraße eine bereits angelegte Baustraße sei, auch nur im Zweifel gewesen sei. Vielmehr besagt die fragliche Bauvorschrift ausdrücklich, daß es sich bei der Verpflichtung des Beklagten um die „Anlegung der Straße" handle. Hienach fehlt der Grund für die Annahme, daß der Gemeinderat mit der von ihm beantragten Bauvorschrift dem Beklagten bloß die unentgeltliche Ueberlassung des in seinem Eigentum befindlichen Teils der Grundfläche der Freihofstraße auferlegen und sich nicht an die statutarische Vorschrift halten wollte. Daß der Ausdruck: „überlassen" in der Bauvorschrift ungenau gefaßt ist, kann dem Beklagten zugegeben werden, allein diese Ungenauigkeit läßt sich dadurch erklären, daß die Bauvorschrift eben nur aussprach, inwiefern der Beklagte jedenfalls die Kosten der Herstellung der beiden Straßen durch unentgeltliche Abtretung selbst zu tragen habe und vorbehalten blieb, inwiefern er daneben auch Kosten der Herstellung der Straße der Klägerin zu ersetzen habe (falls er nicht vorziehen würde, diese Kosten durch Selbsterwerbung und Wiederabtretung an die Klägerin zu bestreiten). Daß auch die in die Freihofstraße fallende Fläche vom Beklagten der Klägerin schon auf den 1. April 1883 abgetreten wurde, erklärt sich daraus, daß die Planierung, Chaussierung und Beschotterung der Ziegelstraße in der Rechnungsperiode 1882/84 zur Ausführung gekommen ist und es für beide Parteien nahe lag, die von dem Beklagten zu leistende Abtretung für beide Straßen auf einmal zu vollziehen.

Hienach fehlt es an dem von dem Beklagten zu erbringenden Beweis, daß der Gemeinderat im Weg eines mit dem Beklagten abgeschlossenen Vertrags die ortsbaustatutarische Verpflichtung desselben auf den ihm gehörigen Teil der Straßenfläche der Freihofstraße habe beschränken wollen, und die Klägerin

ist, wenn auch dem Beklagten bei Erteilung der Baugenehmigung eine unvollständige Eröffnung der ihm nach dem Ortsbaustatut obliegenden Verpflichtung gemacht worden ist, nicht gehindert, nachträglich von dem Beklagten den Ersatz des Aufwands zu beanspruchen, den sie für die Erwerbung des Schock'schen Areals zur Anlegung der Freihofstraße gemacht hat. Zwar schreibt der § 16 der damals in Geltung gestandenen Vollziehungsverfügung vom 26. Dezember 1872 zu dem Art. 15 der Bauordnung vor, daß jedem Baulustigen bei der Erteilung der Bauerlaubnis von der Gemeindebehörde die mit dem Beginn des Baues zu erfüllende Verbindlichkeit, bezw. der Betrag des der Gemeinde zu ersetzenden Aufwands „soweit möglich“ bekannt zu machen sei. Allein an die Unterlassung dieser Bekanntmachung ist kein Rechtsnachteil für die Gemeinde geknüpft, ein bestimmter Betrag des Aufwands, der der Gemeinde erwuchs, wenn der Beklagte nicht selbst das Schock'sche Areal erwarb, konnte auch im Jahr 1882 dem Beklagten nicht angegeben werden. Hieraus ergiebt sich, daß die von der Klägerin gegen den Beklagten auf Grund des § 4 des Ortsbaustatuts auf die Bezahlung der 373,68 M. zuzüglich 8,68 M. Kaufkosten, somit von 382,36 M., woran die Klägerin 107,10 M. in Abzug bringt, erhobene Forderung begründet ist.

3. Ohne Grund bestreitet der Beklagte auch in dieser Instanz eventuell die „Fälligkeit“ dieser Forderung, weil das hinter seinem Wohnhaus errichtete Stall- und Remisegebäude nicht als Hintergebäude im Verhältnis zu der Freihofstraße anzusehen und die Strecke seines Grundeigentums von der nordöstlichen Ecke des Wohnhauses bis zur Grenze des Schock'schen Grundeigentums noch nicht überbaut sei. Denn nach § 4 des Ortsbaustatuts von 1875 bemißt sich der Anteil der Grundeigentümer an dem Aufwand für die Erwerbung der zur Straße notwendigen Grundfläche nach der Frontlänge der zu errichtenden Vorder- oder Hintergebäude nebst dazu gehörigem Hofraum und Hausgarten und zwar, wenn ein an mehrere Straßen grenzender Bauplatz überbaut wird, nach den auf die mehreren

Straßen zu beziehenden Frontlängen der Vorder- und Hintergebäude nebst dazu gehörigem Hofraum und Hausgarten. Nach der Lage des bei dem Wohnhaus befindlichen Gartens des Beklagten, dessen Frontlänge an die Strecke der Freihofstraße, zu deren Anlegung die Klägerin das Schock'sche Areal erworben hat, angrenzt, und im Hinblick darauf, daß die Gartenfläche dem Beklagten bereits zur Zeit der Erbauung seines Wohnhauses und Hintergebäudes gehört hat, läßt sich die Eigenschaft jenes Gartens als Zubehörde des Wohnhauses des Beklagten nicht wohl bezweifeln. Jedenfalls aber ist das Stall- und Remisegebäude desselben, da es seine breite Seite gegen die Freihofstraße kehrt und mit dem vorliegenden Hofraum an diese Straße stößt, von welcher aus es den Eingang und die Einfahrt hat, wie denn auch der Abstand jenes Gebäudes von der Freihofstraße kleiner ist, als von der Ziegelstraße, samt dem Hofraum als an der Freihofstraße gelegen anzusehen.

Hienach ist der Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Kosten der Erwerbung der zum Zweck der Anlegung der verlängerten oberen Freihofstraße dem Schock abgekauften Grundfläche nach Maßgabe des § 4 des Ortsbaustatuts nicht verfrüht.

4. Der Beklagte rechnet gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf Bezahlung von 275,26 M. nebst Prozeßzinsen . . . eine Gegenforderung von 600 M. auf, welche ihm dadurch erwachsen sei, daß er den ihm gehörigen Straßenplatz an der Ziegelstraße der Klägerin unentgeltlich abgetreten habe.

Der vorige Richter hat den Beklagten mit dieser Gegenforderung, indem er annahm, daß sie mit der Klageforderung nicht in rechtlichem Zusammenhang stehe und nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif sei, in Anwendung des § 136 Civilprozeßordnung auf den Weg abgesonderter Klaganstellung verwiesen. Auch hiegegen hat der Beklagte die Berufung gerichtet und die Klägerin hat sich derselben angeschlossen. Diese Beschwerde ist begründet.

Zunächst hätte der vorige Richter bei seiner Annahme nach § 274 Civilprozeßordnung ein Teilurteil unter Vorbehalt der

nachträglichen Entscheidung über die Einrede der Kompensation in dem vorliegenden Rechtsstreit[1]) und unter Aussetzung der Entscheidung im Kostenpunkt erlassen sollen. Das Verfahren in erster Instanz leidet daher in dieser Beziehung an einem wesentlichen Mangel. Die Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz ist jedoch nach § 501 Civilprozeßordnung nicht geboten und im vorliegenden Fall nicht erforderlich.

Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin hat im Verhandlungstermin die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs zur Entscheidung über diese Kompensationseinrede bestritten und die Zuständigkeit des Civilrichters behauptet. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs zur Entscheidung über das Bestehen dieser Gegenforderung und ihre Aufrechnung ist jedoch, auch wenn man annimmt, daß die Verwaltungsgerichte nur über das Bestehen und die Aufrechnung im öffentlichen Recht begründeter Gegenforderungen entscheiden können, nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat nämlich seine Gegenforderung darauf gestützt, daß aus § 4 des Ortsbaustatuts sich für ihn die von der Klägerin behauptete Verpflichtung zur unentgeltlichen Abtretung des ihm gehörigen Areals an der Ziegelstraße, welche ihm durch die Ziff. 14 der Bauvorschriften auferlegt worden sei, nicht ergeben habe, und wenn das Zustandekommen der Uebereinkunft, daß er durch diese unentgeltliche Abtretung von dem Ersatz der Kosten der Erwerbung des zur Anlegung der Freihofstraße erforderlichen Schock'schen Areals befreit sei, nicht anerkannt werde, er nicht verpflichtet sei, jenes zur Ziegelstraße unentgeltlich abgetretene Areal der Klägerin zu belassen, wobei er in der Erkenntnis, daß dieses Areal zur Anlegung der Ziegelstraße notwendig gewesen sei und bleibe und ihm erforderlichenfalls auch im Weg der Zwangsenteignung von der Gemeinde entzogen werden könnte, anstatt der Zurückgabe des fraglichen Areals die Bezahlung des Werts desselben verlangt. Bei der Entscheidung über die Gegenforderung des Beklagten handelt es sich daher um den dem Ge-

1) Plenar-Entsch. des Reichsgerichts vom 10. April 1893, Bd. XXXI S. 1 ff. der Entsch.

biet des öffentlichen Rechts angehörenden Streitpunkt, ob der Beklagte nach § 4 des Ortsbaustatuts zur unentgeltlichen Abtretung des ihm gehörigen Areals der Ziegelstraße verpflichtet gewesen sei. Da dieser Streitpunkt dem oben Ausgeführten zufolge in bejahendem Sinn zu entscheiden ist, so war die auf Ersatz des Werts jenes Areals gerichtete Gegenforderung des Beklagten, ohne daß eine weitere Verhandlung über solche geboten war, für unbegründet zu erklären und die Kompensationseinrede zu verwerfen.....

Urteil vom 24. Juni 1896 in der Berufungssache des Viehhändlers Max Marx in Göppingen gegen die Stadtgemeinde Göppingen.

11.

Streit über Benützung öffentlichen Wassers (Recht der Benützung von Quellen).

In der Berufungssache des Richard Rümmelin von Laufen, O.-Amts Balingen, und Genossen, Kläger Berufungskläger, gegen die Stadtgemeinde Balingen, Beklagte Berufungsbeklagte, Benützung öffentlichen Wassers betreffend, wurde die Berufung gegen das die Klage abweisende Urteil der K. Regierung für den Schwarzwaldkreis vom 24. Mai 1895 als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

I. Die Kläger erheben auf den Grund der Behauptung, daß die beiden linkseitigen Zuflüsse der Eyach: der Ebinger Thalbach und der Lauterbach, wie die in den ersteren einmündenden beiden Stollenquellen und die den letzteren speisenden drei Quellbäche — nämlich die Langenthalbachquelle, die Tuffsteinbruchquelle und die Thieringersteigquelle einschließlich der nach ihren Rinnsalen sich hinziehenden Wasseradern und Sickerungen öffentliche Gewässer seien, und daß sie zufolge der Heranziehung dieser Gewässer für die Wasserleitung der Beklagten in der ihnen gemäß unvordenklicher Verjährung,

beziehungsweise Verleihung zukommenden Wassernutzung an der Eyach, einem unbestritten öffentlichen Gewässer, beeinträchtigt werden, den Anspruch, daß die Beklagte die von ihr in das Werk gesetzte Wasserleitung unterlasse und die zu diesem Zwecke dienenden Vorrichtungen beseitige. . . .

II. Die sachliche Legitimation der Kläger ist von dem in der Klage eingenommenen Standpunkt aus nicht zu beanstanden. Kommt dem Lauterbach, dem Ebinger Thalbach und den bereits genannten Zuflüssen derselben die Eigenschaft öffentlicher Gewässer zu und hat die Beklagte an diesen öffentlichen Gewässern Vorrichtungen getroffen, durch welche diese Gewässer und damit auch das Wasser der Eyach in dem seitherigen jeweiligen Bestande zum Nachteil der klagenden Wasserwerksbesitzer verändert werden, so erwächst hieraus den Klägern unzweifelhaft das Recht, die Beseitigung der herbeigeführten Störung und die Entfernung der dieselbe vermittelnden Veranstaltungen zu verlangen [1]). Für die rechtliche Beurteilung ist es insbesondere unerheblich, ob die schädigende Veranstaltung an dem die Wasserwerke der Kläger treibenden Wasser der Eyach selbst oder an den für den Wasserstand derselben maßgebenden öffentlichen Nebenbächen der Eyach vorgenommen wird [2]).

III. Die Kläger sind jedoch durch das Vorgehen der Beklagten in einem öffentlichen Nutzungsrecht nicht beeinträchtigt.

1. Was zunächst die zu dem Quellgebiet des Lauterbachs gehörige Langenthalbach- und Thieringersteigquelle betrifft, so hat die Beklagte nach den vorliegenden Situationsplänen, wie nach dem Augenscheinsprotokoll vom 16./17. November 1894 . . . behufs Sammlung des Wassers für ihre Wasserleitung eine Aenderung an oder in dem Gerinne des Langenthalbachs und der Thieringersteigquelle nicht vorgenommen. Für den bezeichneten Zweck wird vielmehr im Langenthal etwa 150 m oberhalb der Einmündung des Langenthalbachs in den Lauterbach das Wasser aus einer auf der

1) Zu vgl. Württ. Archiv Bd. 18 S. 100, 101. Lang, Handbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. II, S. 9 bei N. 8.

2) Zu vgl. l. 2 D de fluminibus 43, 12; l. 10 § 2 D. de aqua 39,3.

linken Seite des Wasserlaufs etwa 3 m von diesem entfernt angelegten, etwa 15 m langen Sickerung durch eine geschlossene Zementrohrleitung dem Quellfassungsschacht zugeführt, das Bachbett selbst indes lediglich durch die hindurch geführte geschlossene Rohrleitung berührt. In dem Gebiet der Thieringersteigquelle aber liegt die von der Beklagten hergestellte Quellstube etwa 15 m von dem Rinnsal des Quellbaches selbst entfernt. Nach der Darstellung der Beklagten ist auch die in dem Augenscheinsprotokoll vom 16./17. November 1894 erwähnte untere, etwa 4 m in den Felsen eingesprengte Quellstube der Tuffsteinbruchquelle von ihr neu erstellt und befindet sich dieselbe außer jedem Zusammenhang mit der 3 m weiter oben am Berge zu Tage tretenden früheren Tuffsteinbruchquelle. Mögen durch die in solcher Weise erfolgte Erschließung neuer Quellen, die bisher die Langenthalbachquelle, die Thieringersteigquelle und die Tuffsteinbruchquelle speisenden Wasseradern unterbunden worden sein, so ist hiemit eine Verletzung der den Klägern auf den Grund öffentlichen Rechts etwa zustehenden Sonderberechtigung auf Benützung des Wassers des Langenthalbachs, der Thieringersteigquelle und der Tuffsteinbruchquelle noch keineswegs gegeben. Wie der K. Verwaltungsgerichtshof in der Entscheidung vom 31. Oktober 1894 in der Berufungssache zwischen Georg Adam Bög und Genossen von Gruibingen und den Christoph Hilsenbeck'schen Eheleuten von da[1]) ausgesprochen hat, sind die unterirdischen Wasseradern, durch deren Zutagetreten die Quelle sich bildet, im rechtlichen Sinne nicht ein Teil der Quelle selbst und mit dieser ein Teil des durch die Quelle gebildeten Baches und es erstreckt sich eben darum die Verfügungsbeschränkung, welcher der Eigentümer des Grund und Bodens hinsichtlich einer auf demselben entspringenden öffentlichen Quelle unterliegt, nicht ohne weiteres auf die die Quelle speisenden unterirdischen Wasseradern; die Beklagte hat daher auch im vorliegenden Fall lediglich von dem ihr eingeräumten Rechte des Grundeigentümers Gebrauch gemacht,

1) Jahrbücher der Württemb. Rechtspflege Bd. 7 S. 210 ff.

wenn sie außerhalb des Rinnsals der mehrgenannten Quellbäche nach neuen Quellen graben ließ, von einem Recht, welches durch die Eigenschaft des in den Rinnsalen bisher fließenden Wassers als öffentlichen Gewässers den Klägern gegenüber nicht in Frage gestellt wäre, es müßten denn die Anlieger eines öffentlichen Gewässers zu Gunsten der Inhaber von öffentlichen Nutzungsrechten an demselben überhaupt gesetzlich gehindert sein, über die ihr Grundstück durchziehenden, den öffentlichen Gewässern Nahrung bringenden Wasseradern frei zu verfügen, was nicht zutrifft[1]). Allein auch ganz abgesehen hievon, ist die erhobene Klage jedenfalls darum unbegründet, weil den von der Beklagten angeblich in ihrem Bestande geminderten, beziehungsweise für ihre Zwecke herangezogenen drei Quellbächen im Bronnenthal, nämlich der Langenthalbachquelle, der Thieringersteigquelle und der Tuffsteinbruchquelle, wie den in den Ebingerthalbach einmündenden beiden Stollenquellen die Eigenschaft öffentlicher Gewässer gar nicht zuzuerkennen ist.

Die Kläger gehen davon aus, daß nach dem Römischen, noch heute in Württemberg geltenden Recht als öffentliches Gewässer jedes beständig fließende Wasser (aqua profluens) zu betrachten sei, ohne Unterschied der Größe; daß bereits in das Fließen geratenes Quellwasser nirgends portio agri genannt werde, und daß es eine willkürliche, im Gesetz nicht begründete Annahme sei, die Quellen von den öffentlichen Gewässern auszunehmen, auch diese vielmehr, wofern sie nur regelmäßig (auch im Sommer) fließen, zu den öffentlichen Gewässern gehören, so klein sie zuletzt auch sein mögen. Von diesem Standpunkt aus gelangen die Kläger zu dem Ergebnis, daß auch die mehrgenannten Quellzuflüsse des Lauterbachs und die Stollenquellen unzweifelhaft öffentliche Gewässer seien und die Beklagte sie in dem verliehenen Nutzungsrecht an dem öffentlichen Wasser der Eyach und ihrer Nebenbäche beeinträchtige, wenn sie jene Quellzuflüsse, so wie geschehen, „ableite“. Jener Standpunkt kann indessen als ein zutreffender nicht anerkannt werden. Dem-

1) Zu vergl. Seuffert, Archiv Bd. 33 Nr. 2 und Glück, Kommentar, Serie der Bücher 43 und 44, 4. Teil S. 518.

selben gegenüber ist vor allem geltend zu machen, daß der Begriff des öffentlichen Gewässers zweifellos weiterhin das Vorhandensein eines bestimmten Gerinnes, eines Betts und Ufers zur notwendigen Voraussetzung hat[1]). Aber auch nach anderer Richtung hin steht derselbe mit der Auffassung des geltenden Rechts, wie solche in konstanter Rechtsprechung zur Herrschaft gelangt ist, im Widerspruch.

Nach gemeinem deutschem Recht sind nur schiffbare und floßbare Gewässer unbedingt öffentlich, während andere selbständig fließende Wasser Gegenstand des Privatrechts sein können und im einzelnen Fall die faktischen Verhältnisse und der Besitzstand darüber entscheiden, ob ein Gewässer zu der einen oder andern Kategorie zu zählen ist[2]). In Anlehnung an diesen Standpunkt hat es auch die württembergische Rechtsprechung stets abgelehnt, alle ständig fließenden Gewässer unbedingt für öffentliche zu erklären, und es ist zum mindesten die Beschränkung aufgestellt worden, daß kleinere Bäche auch im Privateigentum der Anlieger sein können[3]). Von dieser Auffassung abzugehen, liegt ein Anlaß nicht vor. Was aber insbesondere die auf einem Grundstück zu Tage tretenden Quellen betrifft, so ist nach dem bestehenden Recht daran festzuhalten, daß der Eigentümer des Grund und Bodens, auf welchem die Quelle entspringt, berechtigt ist, diese Quelle und das aus ihr abfließende Wasser ausschließlich zu benützen, dasselbe gänzlich zu verbrauchen, oder Andern zur Benützung zu überlassen, falls nicht die Eigentümer von weiter unten liegenden Grundstücken ein wohl erworbenes Recht auf den Abfluß der Quellen zur Bewässerung oder zum Treiben von Mühlen oder sonstigen Triebwerken haben[4]). Nur dann sollen nach einer mehrfach zur Geltung gekommenen Ansicht auch

1) Zu vgl. Hesse in Jherings Jahrbüchern Bd. 7 S. 195 ff., S. 234 ff.

2) Zu vgl. Sarwey, das öffentliche Recht ꝛc. 1880. S. 353, 354.

3) Zu vgl. Lang, a. a. O. I S. 107 bei N. 14, 15 und die dortigen Citate.

4) Zu vgl. Lang a. a. O. S. 163 bei N. 1, 2 und die dortigen Citate, sowie die Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. Oktober 1884, Entscheidungen in Civilsachen Bd. 12 S. 183, 184.

Quellen als öffentliche Gewässer behandelt werden, wenn sie mit solcher Mächtigkeit aus dem Boden hervortreten, daß sie sofort mit diesem Hervortreten einen zwischen Ufern fließenden Bach bilden [1]). Hievon ausgegangen können weder die Langenthalbach- und die Thieringersteigquelle, noch die Tuffsteinbruchquelle, um deren „Ableitung" in dem Quellgebiet des Lauterbachs es sich allein handelt, als öffentliche Gewässer erklärt werden. Wie unter den Parteien unbestritten ist, entspringen alle diese Quellen auf dem Grund und Boden der Gemeinde Lautlingen und führen ihr Wasser noch innerhalb des Eigentums der Gemeinde dem Bette des nach den Flurkarten auf der Markung Hossingen entspringenden Lauterbachs zu, welcher nach einem Lauf von 3/4 Stunden auf der Markungsgrenze zwischen Lautlingen und Laufen in die Eyach sich ergießt. Daß diese Quellen vor der Herstellung der Wasserversorgungsanlage der Beklagten bei ihrem Ursprung sofort mit einer Mächtigkeit aus dem Boden hervorgetreten wären, welche ihre Bezeichnung als selbständige für den gemeinen Gebrauch dienliche Bäche rechtfertigen würde, läßt sich weder den vorliegenden Flurkarten, noch den im Lauf des Rechtsstreits an Ort und Stelle gemachten Erhebungen entnehmen. Hienach ist der Lauterbach, wie er sich schließlich im Thale — der Eyach zu hinzieht, das Ergebnis der zahlreichen an den Bergwandungen des Bronnenthals hervorquellenden kleinen Zuflüsse und Sickerungen, und auch, wo diese Zuflüsse und Sickerungen sich auf dem Grund und Boden der Gemeinde Lautlingen zu kleineren Bächen vereinigen, werden diese Bäche eben gebildet durch das allmählich von den verschiedensten Seiten ihnen zugehende Quellwasser [2]). Dementsprechend ist auch in dem Bericht des Stadtschultheißenamts Balingen an das K. Oberamt daselbst vom 23. Mai 1888 gesagt, offenbar bilde das ganze sogenannte Bronnenthal in Hufeisenform einen Sammler des an verschiedenen Stellen hervortretenden Wassers und der Bach (Lauter-

1) Zu vgl. Lang a. a. O. I S. 137, 138 und N. 4.

2) Zu vgl. Beschreibung des Oberamts Balingen, herausgegeben von dem statistisch-topographischen Bureau 1880. S. 43.

bach) zeige die Menge im ganzen.... Welch' geringe Bedeutung diesen Quellzuflüssen je für sich allein zukomme, zeigt das Ergebnis der am 10. und 23. Juni 1893 vor der Inangriffnahme der Wasserversorgungsanlagen vorgenommenen Messungen.

Nach der Messung des Straßenbauinspektors Mährlen von Rottweil lieferte am 10. Juni 1893 die Lauterbachquelle (der Lauterbach) an dem Einlauf in die Eyach überhaupt nur 4,54 l in der Sekunde, während die Eyach selbst unmittelbar oberhalb des Einlaufs des Lauterbachs rund 35 l in der Sekunde führte.... Bei der Augenscheinseinnahme am 23. Juni 1893 ergab die Thieringersteigquelle 0,9 l in der Sekunde, die Langenthalbachquelle 0,45 l und die Tuffsteinbruchquelle 1,1 l in der Sekunde, die Gesamtwassermenge des Lauterbachs an der Einmündung in die Eyach gemessen ergab 3,8 l in der Sekunde, die Gesamtwassermenge der Eyach oberhalb des Einflusses des Lauterbachs gemessen aber berechnete sich auf rund 38 l in der Sekunde. Wenn nun auch diese Messungen zu einer Zeit besonderer Trockenheit erfolgten, so war doch auch nach der Aeußerung des Baurats Ehmann an das Stadtschultheißenamt Balingen vom 25. April 1894 nach den bis zu diesem Zeitpunkt gemachten Beobachtungen bei gewöhnlichem Mittelwasserstand die Gesamtergiebigkeit der von der Beklagten gefaßten 4 Quellen (darunter auch der hier gar nicht in Betracht kommenden Steinbruchwegquelle) nur zu 6—8 Sekundenliter anzunehmen.... Von einer besonderen Mächtigkeit der einzelnen Zuflüsse, welche denselben den Charakter eigentlicher Bäche im Gegensatz zu gewöhnlichen Quellabflüssen verliehen hätte, kann daher nicht die Rede sein. Dabei ist bezüglich des erheblichsten der in Frage stehenden Zuflüsse, der Tuffsteinbruchquelle, welche nach dem Augenscheinsprotokoll vom 16./17. November 1894 in einer Entfernung von etwa 130 m links von dem in der Markungskarte eingezeichneten Ursprung des Lauterbachs zu Tage tritt ... und welche nach dem schon erwähnten Bericht des Stadtschultheißenamts Balingen vom 23. Mai 1888 den eigentlichen „Quellen-

stock" bildete, noch besonders hervorzuheben, daß dieselbe nach ihrem Hervortreten aus dem Boden ein zusammenhängendes bestimmtes Gerinne nach dem Lauterbach hin gar nicht besaß; nach dem Protokoll vom 30. März 1896 ... waren die Parteien darüber einig, daß die Quelle nach ihrem Austritt aus dem Gebirg hoch über Felsen herabstürzend ihren Weg unter dem Tuffsteingeröll hindurch nach dem Bett des Lauterbachs führte, wie denn auch der stadtschultheißenamtliche Bericht vom 23. Mai 1888 bemerkt, das Wasser der bloßgelegten Quelle zerteile sich sofort in dem Tuffsteingeröll und komme mehr oder weniger stark geschlossen zu Tage. Auch von diesem Gesichtspunkte aus kann sonach gerade die den Hauptzufluß des Lauterbachs bildende Quelle nicht als ein öffentliches Gewässer betrachtet werden.

Die hieraus für die Gemeinde Lautlingen als Eigentümerin von Grund und Boden abzuleitende Befugnis, über die mehrerwähnten Quellabflüsse und über die neben denselben einherziehenden Sickerungen und Wasseradern kraft Privatrechts frei zu verfügen, wie die Befugnis der Beklagten, auf den Grund der „Kaufverträge" vom 15. September 1887/9. August 1893 diese Quellabflüsse zum Zwecke der Wasserversorgung der Stadt Balingen „abzuleiten", kann auch dadurch nicht in Frage gestellt werden, daß der Lauterbach, welcher zu Gunsten der Kläger mit der Wasserpolizeibehörde und dem vorigen Richter als öffentliches Gewässer betrachtet werden mag, in einem nicht unerheblich in das Gewicht fallenden Umfange eben durch den Zufluß der mehrgenannten Quellen gespeist, beziehungsweise gebildet wird, eine teilweise oder gar vollständige Ableitung dieser Quellen daher auch für den Bestand des Lauterbachs und des denselben aufnehmenden Eyachflüßchens beeinträchtigend wirken kann und wirken muß. Aus der bloßen Thatsache allein, daß die Gemeinde Lautlingen bisher über die auf ihrem Eigentum entspringenden Quellen nicht anderweitig verfügt, sondern das aus ihnen abfließende Wasser in den aufgesuchten und sich bildenden Rinnsalen dem Bett des Lauterbachs hat zufließen lassen, folgt noch nicht, daß diese Zuflüsse, welche

sich bis zu ihrer Vereinigung mit dem Lauterbach, beziehungsweise bis zur Bildung des Lauter b a c h s ausschließlich auf dem Eigentum der Gemeinde hinzogen, die Eigenschaft öffentlicher Gewässer angenommen hätten. Nach dem geltenden Recht bestand aber neben jener Thatsache die gesetzliche Befugnis des Eigentümers des Grundstücks, über das auf demselben entspringende und das unterirdisch vorhandene Wasser frei zu verfügen, in ungeschwächtem Maße fort; einen Rechtssatz des Inhalts, daß zu den öffentlichen Gewässern unbedingt auch deren Quellen und Quellzuflüsse gehören, stellt das zur Zeit bestehende Recht nicht auf [1]). Die Kläger haben weiter auch keinen sonstigen Titel des öffentlichen Rechts anzuführen vermocht, kraft dessen die Gemeinde Lautlingen und beziehungsweise jetzt die Beklagte in der freien Verfügung über das Wasser der Langenthalbachquelle, der Thieringersteigquelle und der Tuffsteinbruchquelle als beschränkt zu betrachten wären. Eine solche Beschränkung ergiebt sich insbesondere nicht aus dem Umstand, daß nach dem vorgelegten Urteil in dem Rechtsstreit zwischen Conrad von Thierberg und der Bürgerschaft zu Laufen aus dem Jahre 1475 die Herren von Thierberg, welchen die Ortschaft Lautlingen zu eigen gehörte [2]), in den Jahren 1421 und 1475 Schutz und Bann über den L a u t e r b a c h zugesprochen erhielten; ebenso wenig vermögen die Kläger aus dem ihnen zukommenden Sondernutzungsrecht an dem Wasser der Eyach und ihrer etwaigen öffentlichen Nebenbäche, mag dieses Sonderrecht auf unvordenklicher Verjährung oder auf staatlicher Verleihung beruhen, eine Beschränkung der Privatrechtssphäre der Gemeinde Lautlingen oder der Beklagten hinsichtlich der drei im Streite befindlichen Quellbäche des Lauterbachs herzuleiten, denn es ist ein anerkannter Satz, daß durch die Verleihung des Wassernutzungsrechts an einem öffentlichen

1) Zu vgl. Württ Archiv Band 18 S. 98 ff. und Begründung zu den §§ 4, 7 des Entwurfs eines preußischen Wassergesetzes von 1894 S. 123—126, auch Verhandlungen des 23. deutschen Juristentags Bd. I S. 84, 85.

2) Zu vgl. Beschreibung des Oberamts Balingen, cit. S. 425.

Gewässer noch keineswegs auch ein Recht an den der Verfügung kraft Privatrechts unterliegenden Quellen und Quellzuflüssen erteilt wird und erteilt werden kann [1]).

2. Die vorstehend zur Anwendung gebrachten Grundsätze führen auch dazu, die Eigenschaft der Stollenquellen als öffentlicher Gewässer zu verneinen. . . .

Urteil vom 20. Mai 1896 in der Berufungssache zwischen Richard Rümmelin von Laufen und Genossen und der Stadtgemeinde Balingen.

12.

Streit über die Baulast an einer Brücke.

In der Berufungssache zwischen der Gemeinde Bergorte (Aichelberg), O.A. Calw, Klägerin Berufungsklägerin, und dem Schultheißen und Sägmühlebesitzer Fr. Erhard von Enzthal, O.A. Nagold, Beklagten Berufungsbeklagten, Baulast an einer Brücke betr., wurde die Berufung gegen das Urteil der K. Regierung für den Schwarzwaldkreis vom 5. Oktober 1894, durch welches die Klägerin mit ihrer Klage unter Verfällung in die Kosten abgewiesen worden war, zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

I. Es ist nicht bestritten, daß der Vizinalweg Nr. 21 ein öffentlicher, den Verkehr zwischen der Gemeinde Bergorte und den im Enzthal gelegenen Ortschaften vermittelnder Weg ist. Es steht ferner fest, daß dieser Vizinalweg und insbesondere diejenige Stelle desselben, an welcher sich die Brücke befindet, um deren Unterhaltung es sich handelt, auf der Markung der Gemeinde Bergorte liegt. Hienach ist auch nach der Regelvorschrift des § 1 der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 und des § 2 der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828 die klägerische Gemeinde zur Unterhaltung dieses Wegs und zur Herstellung und Unterhaltung der erforderlichen Brücken verpflichtet.

1) Zu vergl. Württ. Archiv Band 1 S. 256 ff., und Sarwey, Monatschrift Bd. 17 S. 211 ff.

Für ihre Behauptung, daß dem Beklagten die öffentlichrechtliche Verpflichtung der Unterhaltung der Brücke obliege, hat die Klägerin die eine öffentlichrechtliche Verpflichtung begründenden Thatsacheu zu behaupten und zu beweisen. Daraus, daß der über die Brücke führende Vizinalweg die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs hat, folgt übrigens nicht ohne weiteres, wie die Klägerin annimmt, daß die Verpflichtung zur Unterhaltung nur eine öffentlichrechtliche und zur Entscheidung über das Vorhandensein der Verpflichtung nur der Verwaltungsrichter zuständig sein könne. Und insofern die Klage eventuell auf eine stillschweigende Uebereinkunft zwischen der Klägerin und den Besitzvorgängern des Beklagten gegründet werden will, wonach die Klägerin die Aenderung am Mühlkanal stillschweigend geduldet, die Besitzvorgänger des Beklagten aber dagegen die Baulast an der Brücke übernommen hätten . . ., wird ein öffentlichrechtlicher Titel für die Verpflichtung des Beklagten, worüber nach Art. 10 Ziff. 20 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 der Verwaltungsrichter zu entscheiden hat, nicht geltend gemacht.

II. Hievon abgesehen hat der Unterrichter mit Recht die Klage als sachlich unbegründet zurückgewiesen.

1. Die Klägerin behauptet zunächst, die Unterhaltung des Mühlkanals sei darum Pflicht des Beklagten, weil die Brücke eine Pertinenz des Kanals sei und als solche im Eigentum des Beklagten als Sägmüllers sei. Allein die Brücke ist keine Pertinenz des Mühlkanals. Unter Pertinenz oder Zubehörde wird eine Sache verstanden, die dazu bestimmt und hergerichtet ist, um den Zwecken einer bestimmten anderen Sache zu dienen. Die Brücke dient aber nicht den Zwecken des Mühlkanals; der Mühlkanal kann vollständig ohne Brücke bestehen und seinen Zweck, das Wasser der Mühle abzuleiten, völlig erfüllen, auch wenn eine Brücke nicht vorhanden ist. Die Brücke dient vielmehr den Zwecken des Wegs und ist ein Teil des Wegs, indem sie die beiden Ufer des Mühlkanals verbindet. Und wenn auch die Brücke oder das Brückenmaterial privatrechtlich im Eigentum des Sägmüllers stünde (was hier dahingestellt bleibt),

so folgt hieraus keine Verpflichtung des Beklagten, die Brücke unterhalten zu müssen. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist der Eigentümer einer Sache nicht verpflichtet, sein Eigentum zu unterhalten; er kann mit demselben verfahren, wie er will, er kann es zerfallen lassen. Soll ein Privatmann als Eigentümer verpflichtet sein, sein Eigentum zu unterhalten, so muß ein besonderer Grund hinzukommen, sei es ein Vertrag oder eine andere rechtserzeugende Thatsache. Speziell läßt sich kein Satz des öffentlichen Rechts nachweisen, wonach der Eigentümer einer Brücke schon wegen seines Eigentumsrechts zur Unterhaltung der Brücke verpflichtet wäre.

2. Die Klägerin trägt weiter vor: Früher habe ein Brett zur Ueberbrückung des Mühlkanals gedient, während die Fuhrwerke durch die seichte Furt gefahren seien, weil früher an dieser Stelle der Mühlkanal noch nicht durch Mauern eingefaßt gewesen sei. Diese Mauern und die Brücke seien seiner Zeit ohne Einholung einer Erlaubnis hergestellt worden. Es könne nicht Rechtens sein, daß, wenn ein Privatbesitzer in seinem Interesse Kanäle anlege und ohne Konzession Brücken über dieselben auf seine Kosten baue, er damit öffentlichrechtliche Lasten für eine Gemeinde schaffe.

Allein aus diesem Vorbringen kann eine öffentlichrechtliche Verbindlichkeit des Beklagten zur Unterhaltung der Brücke nicht abgeleitet werden. Die Richtigkeit der Thatsachen vorausgesetzt, könnte sich daraus nur die Pflicht des Beklagten ergeben, den ohne Erlaubnis veränderten früheren Zustand wiederherzustellen oder die Wiederherstellung desselben zu dulden. In der Vernehmlassung auf die Klagschrift hat der Beklagte erklärt, daß er gegen die Wegnahme der Brücke durch die Gemeinde keine Einsprache erhebe. Die Wiederherstellung der Furt ist nicht der Gegenstand des Streites und die Klägerin hat zu diesem Zwecke zunächst die Fluß- und Wegepolizeibehörden anzugehen.

3. Die Klägerin findet einen weiteren Grund für das Bestehen der behaupteten öffentlichrechtlichen Verpflichtung des Beklagten darin, daß die Rechtsvorgängerin des Beklagten, die

Witwe Kast von Gernsbach, bezw. der Rechtsvorgänger derselben, Paul Maier, die Brücke errichtet und daß sowohl die Witwe Kast als auch ihre Rechtsnachfolger die Brücke unterhalten haben; auch der Beklagte selbst habe den schadhaft gewordenen Belag der Brücke ergänzt. Hiedurch haben die Rechtsvorgänger des Beklagten und dieser selbst ihre Verpflichtung zur Unterhaltung der Brücke anerkannt . . .

Die Richtigkeit der von der Klägerin behaupteten und der von den außergerichtlich vernommenen Zeugen angegebenen Thatsachen kann unterstellt werden; dennoch folgt hieraus nicht, daß dem Beklagten die behauptete öffentlichrechtliche Verpflichtung obliegt, bei der der Beklagte völlig an die Stelle der an sich unterhaltungspflichtigen klägerischen Gemeinde träte und die Verpflichtung des Beklagten nicht bloß von der Gemeinde in Wahrnehmung des allgemeinen Interesses, sondern auch von den Einzelnen, welche den Weg benützen, geltend gemacht werden könnte [1]). Es genügt, darauf hinzuweisen, daß, wenn die Mühlebesitzer in ihrem eigenen Interesse die Brücke hergestellt und unterhalten haben, doch nur Handlungen reinen Beliebens, merae facultatis, vorliegen, die die Mühlebesitzer ebensogut unterlassen konnten und können, wenn sie es nicht, bezw. nicht mehr als in ihrem Interesse liegend finden, die Brücke zu erneuern und zu unterhalten. Es fehlt die Angabe von Thatsachen, aus welchen sich ergeben würde, daß die Mühlebesitzer im Bewußtsein einer Rechtspflicht die Erbauung und die Unterhaltung der Brücke vorgenommen haben.

Die Berufung der Klägerin auf unvordenkliche Verjährung, soweit hiemit eine öffentlich rechtliche Verpflichtung des Beklagten geltend gemacht werden will, scheitert auch schon daran, daß die Klägerin selbst anführt, wie der Zustand vor den durch die Rechtsvorgänger des Beklagten vorgenommenen Handlungen ein anderer gewesen sei. Aber auch ein seitdem entstandenes derartiges lokales Herkommen, worauf in

1) Vergl. die in dem Urteil I. Instanz angeführte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 1. Dezember 1886 im Amtsblatt des K. Ministeriums des Innern S. 407 ff.

dieser Instanz die Klägerin sich beruft, ist gänzlich unerweislich. Insofern etwa die Klägerin mit den von ihr angeführten Anerkenntnissen die Entstehung eines lediglich internen Vertragsverhältnisses zwischen der Gemeinde und dem Beklagten, wonach dieser die Last der Unterhaltung der Brücke zu tragen hätte, erweisen wollte, wäre jedoch, da ein privatrechtlicher Anspruch geltend gemacht würde, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, wie bereits bemerkt, nicht begründet.

III. Ist nach dem Bisherigen das Bestehen einer dem Beklagten obliegenden öffentlich rechtlichen Verpflichtung zur Unterhaltung der Brücke nicht dargethan, so kann auch die Klägerin von dem Beklagten nicht aus solchem Grunde den Ersatz desjenigen Betrages verlangen, den sie infolge der Anordnung des K. Oberamts Calw vom 29. August 1890 auf die Wiederherstellung der Brücke verwendet hat und einstweilen in Vertretung des definitiv verpflichteten Beklagten verwendet zu haben behauptet.

Urteil vom 2. Oktober 1895 in der Berufungssache der Gemeinde Bergorte gegen den Sägmühlebesitzer Fr. Erhard von Enzthal.

13.

Befreiung öffentlichen Zwecken dienender Gebäude von der Gemeindesteuer (Art. 8 des Ges. vom 18. Juni 1849, Art. 2 des Ges. vom 23. Juli 1877).

In der die Besteuerung für die Gemeinde betreffenden Berufungssache zwischen der Gemeinde Stetten im Remsthal, Klägerin Berufungsklägerin, und der Heil- und Pflegeanstalt Stetten, Beklagten Berufungsbeklagten, wurde von dem K. Verwaltungsgerichtshof die gegen das Urteil der K. Regierung für den Neckarkreis vom 12. Dezember 1895, soweit dasselbe die Klage abgewiesen hatte, erhobene Berufung als unbegründet zurückgewiesen.

Gründe:

1. Schon die auf Bezahlung der Gemeindesteuer für die in [6 der Prozeßakten I. Instanz aufgeführten 20 Gebäude der Beklagten und auf Nachholung der Steuer vom 1. April 1891 ab gerichtete Klage hat die Steuerfreiheit der Kirche der Beklagten in dem sogenannten Bohn'schen Bau Nr. 239a anerkannt. Bezüglich der 6 Gebäude Nr. 230 A, 230 B, 230 C, 269, 271 und des bei der „Doktorswohnung" befindlichen Bretterschuppens ohne Nummer ist die Beklagte durch das Urteil des Verwaltungsgerichts I. Instanz vom 12. Dezember 1895 dem Klagantrag entsprechend verurteilt. Bezüglich der weiteren 14 Gebäude hat das Urteil die Klage abgewiesen. Die hiegegen erhobene Berufung muß als unbegründet zurückgewiesen werden.

2. In Ansehung der Staatssteuer sind diese 14 Gebäude von der Steuerbehörde mit Genehmigung des K. Finanzministeriums nach Art. 2. I. 5. des Gesetzes vom 28. April 1873, betr. die Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer, in ihrer Mehrzahl ganz, die übrigen teilweise als Gebäude, welche zu öffentlichen Zwecken dienen, ohne dem Eigentümer einen ökonomischen Nutzen abzuwerfen, für steuerfrei erklärt worden. Hiebei hat das K. Finanzministerium in seinem Erlasse vom 19. Januar 1895 ausgesprochen: die beklagte Anstalt erfülle Zwecke, die in den allgemeinen rechtlichen und sittlichen Aufgabenkreis des Staats und der sonstigen öffentlichen Körperschaften, namentlich bezüglich der Armenpflege, fallen, worauf in der Begründung des Staatsbeitrags im Hauptfinanzetat für 1887/89 S. 375 mit der Bemerkung hingewiesen sei, daß nahezu zwei Drittel der Anstaltspfleglinge sich in der Armenklasse befunden haben, welche ein erheblich unter den Anstaltskosten bleibendes Verpflegungsgeld entrichten, und daß nicht weniger als 134 unter diesen Pfleglingen auf Rechnung von Armenverbänden und wohlthätigen Stiftungen in dieser Klasse untergebracht gewesen seien; mit dieser Begründung der Steuerfreiheit stehe auch der Inhalt der Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten in der Sitzung vom 6. November 1872 (V. Protokollband S. 2435 ff.)

im Einklang, indem dort zu Art. 2. I. 5. lit. b nur ausgesprochen sei, daß die Gebäude der wohlthätigen Zwecken dienenden Anstalten nur dann die Steuerfreiheit genießen sollen, wenn diese öffentliche Anstalten seien, wogegen in der Beziehung, daß den zu öffentlichen Zwecken dienenden Gebäuden Steuerfreiheit zukomme, ein Zweifel nicht bestanden und eine Debatte nicht stattgefunden habe. Damit ist gesagt, daß den Gebäuden der wohlthätigen Zwecken dienenden Anstalten die Eigenschaft von öffentlichen Zwecken dienenden Anstalten nicht ohne weiteres zuzuerkennen sei, die Wohlthätigkeitszwecke, denen Privatanstalten gewidmet sind, vielmehr nur bei dem Vorhandensein besonderer Umstände, — wenn die Zwecke in den allgemeinen rechtlichen und sittlichen Aufgabenkreis des Staats und der sonstigen öffentlichen Körperschaften fallen, — als öffentliche Zwecke anzuerkennen seien.

3. Was die Gemeindesteuer betrifft, so ist nach dem in Art. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 aufrecht erhaltenen Art. 8 des Gesetzes vom 18. Juni 1849, betreffend die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbands auf sämtliche Teile des Staatsgebiets (für dessen Auslegung die dem Art. 2. I. 5. des Staatssteuergesetzes zu gebende Auslegung an sich nicht maßgebend ist) für die Steuerfreiheit erforderlich und genügend, daß die Gebäude und Grundstücke ihrer Hauptbestimmung nach zu öffentlichen Zwecken dienen, ohne dem Eigentümer einen ökonomischen Nutzen abzuwerfen, mit der Maßgabe, daß diese Gebäude und Grundstücke auch zu dem Teil, zu dem sie diesen Zwecken nicht dienen, von der Steuer frei sind. Insbesondere stellt, wie die Vergleichung mit § 3 lit. d des provisorischen Steuerkatastergesetzes vom 15. Juli 1821, worin die zu öffentlichen Zwecken bestimmten Gebäude von Privaten mitbenannt sind, ergiebt, der Art. 8 für die Steuerfreiheit nicht die Voraussetzung auf, daß die Gebäude und Grundstücke öffentlich-rechtlichen Korporationen und Verbänden oder von öffentlichen Behörden verwalteten Stiftungen zu Eigentum gehören. Im Sinne dieses Art. 8 sind aber die Gebäude der Beklagten, welche ihr einen Ertrag nicht oder nur zu einem untergeord-

neten Teil abwerfen, als zu öffentlichen Zwecken dienende jedenfalls anzuerkennen.

4. Die Beklagte widmet sich den Schwachsinnigen und Epileptischen, namentlich jugendlichen Alters, als Heil- und Pflegeanstalt, auch als Anstalt zur Schulung sowie zur Unterweisung in landwirtschaftlicher und gewerblicher Beschäftigung. Statutenmäßig wird sie außer den Kostgeldern der Pfleglinge durch freiwillige Beiträge von Privaten und Korporationen, Vermächtnisse und Beiträge des Staats unterhalten. Mit dieser ihrer Fürsorge für Leidende, welche einer Behandlung durch Spezialärzte und einer über die Kräfte der Familie hinausgehenden Hilfe und Pflege bedürftig und des Unterrichts in den allgemeinen Schulanstalten und der gewöhnlichen Erlernung einer ihre Arbeitskraft verwertenden Beschäftigung nicht fähig sind, verfolgt die Beklagte wesentlich gleiche Zwecke, wie der Staat, indem er als Staatsanstalten einerseits die Irren-Heilanstalten und Pflegeanstalten in Winnenden, Schussenried, Weissenau und Zwiefalten, andererseits die Taubstummen-Anstalten und Schulen in Gmünd, Bönnigheim, Nürtingen und Nagold und die (seit 1858 mit der Nikolauspflege in Stuttgart verbundene) Blindenanstalt in Gmünd unterhält[1]). Die wesentliche Gleichartigkeit dieser Zwecke wird auch von der Staatsregierung und von der Landesvertretung anerkannt nicht bloß durch die Thatsache der fortdauernden Bewilligung eines beträchtlichen Staatszuschusses und der zeitweiligen Bewilligung von Staatsbeiträgen zu baulicher Erweiterung der Anstaltsgebäude, sondern es ist auch bei den letzteren Exigenzen in den Erläuterungen zum Hauptfinanzetat bemerkt: für 1887/89 S. 283, daß das bestehende öffentliche Bedürfnis vom Staat befriedigt werden müßte; für 1895/97 S. 197, daß diese wohlthätige Anstalt in der von ihr freiwillig übernommenen Aufgabe zweifellos zugleich staatliche Interessen erfülle, denen die Staatsverwaltung nur mit größeren Geldopfern gerecht zu werden vermöchte. Zugleich erfüllt die beklagte Anstalt mit

1) Entwurf des Hauptfinanzetats für 1895/97 S. 170 f. und 466 ff., Staatshandbuch 1894 S. 684 und 709 f.

ihrer Fürsorge für zahlreiche, in ihr gegen ein die Kosten entfernt nicht deckendes Verpflegungsgeld untergebrachte arme Schwachsinnige und Epileptische Aufgaben der Armenpflege, deren Erfüllung nach gesetzlichen Vorschriften den Orts- und Landarmenverbänden obliegt. Speziell bestimmt Artikel 13 des Gesetzes vom 2. Juli 1889, betreffend die Aenderung einiger Bestimmungen des Gesetzes vom 17. April 1873 zur Ausführung des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz, daß die Kosten, welche den Armenverbänden durch die Fürsorge für Geisteskranke, für Geistesschwache oder an Epilepsie oder ähnlichen Krankheiten leidende Personen, für verwahrloste Kinder, sowie für Taubstumme und Blinde erwachsen, soweit sie nicht von den Landarmenverbänden unmittelbar bestritten werden (Art. 21 des Gesetzes vom 17. April 1873), durch Beschluß der Amtsversammlung zur Amtsvergleichung übernommen werden können. Die Zwecke der beklagten Anstalt als öffentliche anzuerkennen, unterliegt auch umsoweniger einem Bedenken, als sie in medizinischer Hinsicht periodischen staatlichen Visitationen unterworfen und in finanzieller Beziehung der besonderen Aufsicht eines staatlichen Kommissärs unterstellt ist.

5. Was die einzelnen Gebäude betrifft, die nach der Entscheidung des Unterrichters ihrer Hauptbestimmung nach zu öffentlichen Zwecken dienen und zugleich einen ökonomischen Nutzen nicht oder nur zu einem untergeordneten Teil abwerfen, so sind die einzelnen Feststellungen des Unterrichters, die sich an das Staatssteuer-Einschätzungsprotokoll anschließen, mit der Berufung nicht angefochten worden.

Urteil vom 3. Juni 1896 in der Berufungssache der Gemeinde Stetten gegen die Heil- und Pflegeanstalt Stetten.

14.

Zu dem Stuttgarter Ortsbaustatut von 1874 §§ 42 und 44 (Gebäudeabstand bei schief zur Baulinie verlaufender Eigentumsgrenze) und § 67 Abs. 1 (Frontlänge der Gebäude an Hauptstraßen).

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

I. Der Beschwerdeführer beabsichtigt auf seinem Grundstück Parzelle Nr. 8001 am Herdweg in Stuttgart, der nach § 65 Abs. 2 des Stuttgarter Ortsbaustatuts in den Stadtbauplan als eine Hauptstraße aufgenommen ist, hinter der Baulinie ein Wohnhaus nach dem Plan 11 der Akten des Gemeinderats zu erbauen. Dem Antrag der Bauabteilung des Gemeinderats entsprechend ist er von dem K. Ministerium des Innern durch Entscheidung vom 3. Januar 1896 mit seinem Baugesuch, wie es angebracht worden, abgewiesen worden, weil, abgesehen davon, daß die geplante Frontlänge des Gebäudes von 11,50 m mit der in § 67 Abs. 1 vgl. mit § 65 Abs. 2 des Ortsbaustatuts enthaltenen Regel, daß Gebäude an Hauptstraßen wenigstens 12 m Frontlänge haben sollen, im Widerspruch stehe, bezüglich der Stellung des projektierten Neubaus gegenüber der östlichen Eigentumsgrenze der in § 42 Abs. 1 des Ortsbaustatuts vorgeschriebene Gebäudeabstand von mindestens 2,865 m nicht für immer gesichert angesehen werden könne.

Die gegen diese Entscheidung erhobene Rechtsbeschwerde ist als unbegründet zu verwerfen.

II. Ob die Baupolizeibehörde von der Regelvorschrift des § 67 Abs. 1 des Ortsbaustatuts eine Ausnahme gestatten will, steht zu ihrem freien Ermessen; der Verwaltungsgerichtshof hat nur zu prüfen, ob die Feststellung in der Ministerialentscheidung, daß die geplante Frontlänge des Gebäudes weniger als 12 m betrage, richtig ist, und die Richtigkeit dieser Feststellung ist nicht zu beanstanden. Bei der Messung der Front-

länge ist nicht, wie der Beschwerdeführer will, auch das auf der westlichen Seite des Gebäudes geplante bedeckte Entrée mit seiner Breite von 70 cm in Betracht zu ziehen, denn dieses Entrée liegt, wie aus den Grundrissen ersichtlich, außerhalb der gemäß § 59 des Ortsbaustatuts massiv von Stein geplanten Umfassungswände und ist hienach kein Teil des Hauptgebäudes selbst, sondern nur ein untergeordneter Anbau an seiner Außenseite. Hieran würde auch nichts geändert, wenn noch über dem Dach eine Veranda hergestellt würde; auch dann bliebe der Anbau nur ein über den Hausgrund vorspringender, nicht in die Frontlänge einzurechnender Anbau (vgl. § 43 der Vollzugsverfügung vom 23. November 1882 und § 43 des Ortsbaustatuts).

III. Die Hauptentscheidung, daß bezüglich der Stellung des projektierten Neubaus gegenüber der östlichen Eigentumsgrenze der in § 42 Abs. 1 des Ortsbaustatuts vorgeschriebene Gebäudeabstand von mindestens 2,865 m, der zwischen den Vordergebäuden einer und derselben Straßenseite auf die ganze Tiefe der Gebäude einzuhalten sei, nicht für immer gesichert angesehen werden könne, hat das K. Ministerium des Näheren damit begründet: Einerseits trete der Neubau mit seiner Ostseite infolge der Zurückstellung hinter die Baulinie teilweise zugleich hinter das Nachbaranwesen Nr. 21 des Rechtsanwalts Dr. D. zurück, andererseits sei dieser Nachbar nach den hier in Betracht kommenden Vorschriften der §§ 44 und 68 des Ortsbaustatuts in der Lage, das Gebäude Nr. 21 durch einen Vorbau gegen die gemeinschaftliche schräg zur Baulinie verlaufende Eigentumsgrenze zu erweitern; da er an der Ausführung eines solchen Vorbaus nicht gehindert werden könne, müsse jetzt schon hierauf Rücksicht genommen und von dem Baulustigen (dem Beschwerdeführer) nach der in der seitherigen Praxis stets festgehaltenen Auslegung des § 42 Abs. 1 des Ortsbaustatuts verlangt werden, daß er den nach § 44 des Ortsbaustatuts von ihm einzuhaltenden Grenzabstand, der hier als auf der stadteinwärts gelegenen Seite mindestens 2,30 m betrage, nicht bloß auf die ganze Tiefe des projektierten Neu-

baus, sondern auch nach einer .... rechtwinklig zur Baulinie gezogenen Geraden einhalte, damit der in § 42 Abs. 1 gebotene Grenzabstand für immer gewahrt bleibe; hienach sollte die verlängerte östliche Seitenflucht des Neubaus beim Zusammentreffen mit der Baulinie noch mindestens 2,3 m von der schiefen Eigentumsgrenze entfernt bleiben, während dieselbe nach dem Plan hier nahezu um 4 m in das Eigentum des Nachbars Dr. D. einschneide; diese Bemessung des Grenzabstands nach einer rechtwinklig zur Baulinie gezogenen durchgehenden Geraden setze beim Zurückstellen eines Vordergebäudes hinter die Baulinie auch die Vorschrift des § 18 Ziff. 4 des Ortsbaustatuts voraus. Beigefügt ist: wollte man, was jedoch das Einverständnis des Nachbars, der bis jetzt den vorgeschriebenen Grenzabstand durchaus eingehalten habe, voraussetzen würde, mit Rücksicht auf den ungünstigen Verlauf der Eigentumsgrenzen dem Baulustigen auch zugestehen, den in § 44 des Ortsbaustatuts vorgeschriebenen Grenzabstand von mindestens 2,30 m von der östlichen Grenze nur verglichen gemessen einhalten zu müssen, so wäre, um dem Nachbar das gleiche Recht einzuräumen, der Abstand wenigstens auf halber Tiefe des Nachbargebäudes Nr. 21 zu messen, aber auch bei solcher Messung wäre der erforderliche Grenzabstand bei weitem nicht vorhanden.

Hiegegen hat der Beschwerdeführer eingewendet, daß das projektierte Gebäude in allen Teilen bezüglich der Abstände zu den nachbarlichen Grenzen und Gebäuden durchaus den Vorschriften der Bauordnung entspreche, ja sogar mehr als diese Vorschriften verlangen, gewähre, indem er des näheren ausführt: Die in der Ministerialentscheidung den §§ 42 und 44 der Bauordnung gegebene Auslegung sei unrichtig, und wenn sich die Ministerialentscheidung auf die seitherige Praxis berufe, so sei zu entgegnen, daß eine unrichtige Praxis nicht im Stande sei, festbestehende gesetzliche Normen abzuändern. Die §§ 42 und 44 des Ortsbaustatuts gründen sich auf den Art. 28 der Bauordnung und aus diesem Artikel in Verbindung mit § 23 der Vollzugsverfügung vom 23. November 1882 und

den §§ 43 ff. des Ortsbaustatuts ergebe sich, daß der vorgeschriebene Abstand zwischen den Gebäuden auf allgemeinen polizeilichen Rücksichten, nämlich auf dem Interesse der leichten Zugänglichkeit im Falle eines Brandes, sowie der genügenden Zuführung von Licht und Luft beruhe. Diesen Interessen sei im vorliegenden Falle durchaus Genüge geleistet; nicht nur betrage der Abstand des geplanten Gebäudes von dem Gebäude Nr. 21 des Rechtsanwalts Dr. D. von Hausgrund zu Hausgrund gemessen 4 m 83 cm und von der Eigentumsgrenze 3 m 11 cm, also erheblich mehr als das vorgeschriebene Maß, sondern es sei auch durch die geplante Stellung, welche entlang der östlichen Eigentumsgrenze den vorgeschriebenen Abstand von 2,30 m von der Baulinie an frei lasse, für immer die freie Zugänglichkeit gesichert. Der § 44 spreche mit keinem Wort davon, daß der Abstand von 2,30 m nach einer senkrecht zur Baulinie gezogenen Geraden zu bemessen sei, sondern bestimme mit deutlichen zweifelsfreien Worten, daß der Bauende mit seinem Gebäude 2,30 m von der Eigentumsgrenze entfernt zu bleiben habe; diese Bestimmung sei vom Beschwerdeführer durchaus eingehalten und dieser Abstand bleibe auch bestehen, wenn der Nachbar Dr. D. sein behauptetes Bauvorhaben verwirklichen würde.

Nicht ohne einigen Grund hat in der Instanz des K. Ministeriums der Beschwerdeführer auf die Ministerialentscheidung vom 12. November 1892, wodurch dem Werkmeister Karl R. in Stuttgart die Bauerlaubnis ohne Dispensationserteilung gewährt wurde, und auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 28. Dezember 1892, wodurch die von dem Nachbar Privatier Gustav F. gegen die Ministerialentscheidung erhobene Rechtsbeschwerde als unbegründet verworfen worden ist, Bezug genommen. Der Verwaltungsgerichtshof gelangt aber, indem er bei der erneuten Prüfung der Richtigkeit der Auslegung und Anwendung, welche von Anfang an die Praxis der Baupolizeibehörden, wenn auch nicht immer ganz ausnahmslos, den §§ 42 und 44 des Stuttgarter Ortsbaustatuts gegeben hat, die hieher gehörigen Bestimmungen

der Ortsbaustatute anderer württembergischer Städte mitberücksichtigt, zu dem Ergebnisse, daß diese Auslegung und Anwendung nicht zu beanstanden ist und dem Beschwerdeführer die Bauerlaubnis, wie im Jahre 1885 der früheren Grundstückseigentümerin Witwe G. mit Recht versagt wird.

Als entgegen dem von den bürgerlichen Kollegien der Stadt Stuttgart aufgestellten Entwurfe des Ortsbaustatuts das K. Ministerium des Innern auf der obligatorischen Beibehaltung der Gebäudeabstände beharrte, gaben die von dem K. Medizinalkollegium und von inländischen und ausländischen ärztlichen Vereinen zu Gunsten der Abstände geltend gemachten sanitätspolizeilichen Gründe den Ausschlag. In dem von dem K. Ministerium des Innern formulierten Wortlaute der §§ 42 und 44 des Stuttgarter Ortsbaustatuts ist nun allerdings nicht zum Ausdruck gekommen, daß die auf die ganze Tiefe der Gebäude einzuhaltenden Abstände auch nach senkrecht zur Baulinie gezogenen geraden Linien eingehalten werden müssen, und wenn auch eine solche Abstandhaltung dem Prinzip der offenen Bauweise, wie es mit der Erlassung des Ortsbaustatuts durchgeführt worden ist, am meisten entspricht, so läßt sich doch hieraus nicht ohne weiteres ableiten, daß solche Abstandhaltung durch den sanitätspolizeilichen Zweck der Erhaltung des Lichtzutritts und der Luftzirkulation in allen einzelnen Fällen unbedingt (so daß nur im Wege der Dispensation nach Art. 76 der Bauordnung eine Ausnahme stattfinden könne) geboten sei. Die Zugänglichkeit für Feuerlöschzwecke, wovon in dem Art. 28 der Bauordnung zunächst die Rede ist, kann auch durch die Herstellung von Durchfahrten beschafft werden; jedenfalls würde die Fürsorge für Zugänglichkeit für Feuerlöschzwecke die unbedingte Vorschrift, daß die Abstände nach senkrecht zur Baulinie gezogenen geraden Linien eingehalten werden müssen, nicht erfordern. Ferner ist die auf Grund des Art. 46 der Bauordnung erlassene Vorschrift des § 68 des Ortsbaustatuts, wonach die Nebenseiten der Gebäude, wenn sie von der Straße aus sichtbar bleiben, regelmäßig rechtwinklig zur Baulinie zu stellen sind, eine von den Abstandsvorschriften der §§ 42 ff. wesent-

lich verschiedenartige Vorschrift, die der Baupolizeibehörde das Mittel an die Hand giebt, aus ästhetischen Rücksichten die schräge Stellung der Nebenseite eines Gebäudes zur Baulinie zu untersagen. Aus solchen Erwägungen ist der Verwaltungsgerichtshof in der Entscheidung vom 28. Dezember 1892 in der F.'schen Beschwerdesache der Ministerialentscheidung beigetreten.

Andererseits ist nun aber nicht unbeachtet zu lassen, daß in einer Reihe anderer Ortsbaustatute für den Fall, daß die Eigentumsgrenze schief zur Baulinie verläuft, besondere Vorschriften getroffen worden sind [1]), während in den gleichzeitig erlassenen Ortsbaustatuten anderer Städte die Aufnahme solcher besonderen Vorschriften unterblieben ist [2]).

Jene besonderen Vorschriften stimmen in ihrer Fassung nicht durchweg überein. Der § 28 Abs. 3 des Tuttlinger Ortsbaustatuts hat die Fassung: wenn die Eigentumsgrenze eine zur Baulinie schiefe Richtung habe, genüge es, wenn jeder Bauende längs der jener schiefen Grenze zugekehrten Gebäudeseite die Hälfte der Grundfläche liegen lasse, welche sich für den Gesamtabstand von 4 m Breite dadurch ergebe, daß für jeden der beiden Nachbarn je die Tiefe seines Gebäudes zu Grunde gelegt werde. Der § 48 Abs. 3 des Ulmer Ortsbaustatuts lautet dahin: wenn die Eigentumsgrenze eine zur Baulinie schiefe Richtung habe, genüge es, wenn der Abstand an der Mitte der jener schiefen Grenze zugekehrten Gebäudeseite das vorgeschriebene Maß erreiche. In dem neuen Heilbronner Ortsbaustatut von 1891 § 49 Abs. 3 findet sich die verbesserte Fassung: „Hat die Eigentumsgrenze eine zur Baulinie schiefe Richtung, so genügt es, wenn der Abstand in der Mitte der jener schiefen Grenze zugekehrten Gebäudeseite — rechtwinklig

1) Vergl. insbesondere Ortsbaustatut von Tuttlingen von 1875 § 28 Abs. 3, Ortsbaustatut von Ulm von 1875 § 48 Abs. 3, Ortsbaustatut von Heilbronn von 1875 § 51 Abs. 3, Ortsbaustatut von Eßlingen von 1878 § 45 Abs. 3, Neues Ortsbaustatut von Heilbronn von 1891 § 49 Abs. 3.

2) Vergl. Ortsbaustatut von Göppingen von 1875, Ortsbaustatut von Ravensburg von 1876.

auf die letztere gemessen — das vorgeschriebene Maß erreicht, vorausgesetzt, daß die in § 48 Abs. 3 vorgeschriebene selbständige Zugänglichkeit erreicht wird, bezw. vorhanden ist."

Diese besonderen Vorschriften wollen für den Fall, daß die Eigentumsgrenze schief zur Baulinie verläuft, eine mildere Bestimmung für die Bemessung der Grenzabstände vorsehen und lassen damit erkennen, daß ihre allgemeinen dem § 42 Abs. 1 des Stuttgarter Ortsbaustatuts nachgebildeten Vorschriften dahin zu verstehen sind, daß die Abstände auf die ganze Tiefe der Gebäude nach rechtwinklig zur Baulinie gezogenen geraden Linien einzuhalten sind; die besonderen Vorschriften wären sonst nicht erforderlich und nicht verständlich. In ihrer Fassung sind die hieher gehörigen Bestimmungen der Ortsbaustatute der verschiedenen Gemeinden von dem K. Ministerium richtig gestellt oder neu vorgeschlagen, bezw. an Ort und Stelle von den Ministerialreferenten mit den bürgerlichen Kollegien zusammen festgestellt worden. Es ist die Annahme nicht abzuweisen, daß auch bei der Redaktion derjenigen Ortsbaustatute, in denen für den Fall, daß die Eigentumsgrenze schief zur Baulinie verläuft, eine besondere Vorschrift nicht vorgesehen ist, das technische Verfahren, die Abstände nach senkrecht zur Baulinie zu ziehenden geraden Linien zu messen, als selbstverständlich vorausgesetzt worden ist, und zwar nicht bloß bei der Erlassung der Ortsbaustatute, die wie das Göppinger und das Ravensburger Ortsbaustatut in den Jahren 1875 und 1876 nachgefolgt sind, sondern auch schon bei der Erlassung des Stuttgarter Ortsbaustatuts. Da die Abstandsvorschrift des § 42 Abs. 1 desselben im öffentlichen Interesse erlassen und in § 44 Abs. 1 lediglich die Verteilung auf die beiden Nachbarn geregelt ist, ist die Konsequenz zu ziehen, daß die Messung der Abstände nach senkrecht zur Baulinie zu ziehenden geraden Linien nicht schon dann sich erübrigt, wenn der Nachbar des Baulustigen sich mit einer anderen Messung einverstanden erklärt, sondern der Umstand, daß gegen eine andere Messung eine Einwendung des Nachbars nicht besteht, nur für eine Dispensationserteilung zu berücksichtigen ist.

Es läßt sich nicht verkennen, daß der Mangel einer milderen Bestimmung für den Fall, daß die Eigentumsgrenze eine zur Baulinie schiefe Richtung hat, nach Beschaffenheit der Umstände große und durch sachliche Gründe nicht geforderte Unbilligkeit hervorzurufen geeignet ist, und es hat dies bei seiner Entscheidung vom 12. Mai 1892 das K. Ministerium in dem R.'schen Falle, der thatsächlich sehr verschieden von dem vorliegenden Falle gestaltet war, anerkannt. Durch diese Erwägung wird aber nur eine geeignete Ergänzung des Stuttgarter Ortsbaustatuts bei der in Angriff genommenen Revision desselben für zu berücksichtigende Fälle wünschenswert gemacht, nicht aber das bei der Vergleichung mit dem Inhalt der anderen Ortsbaustatute zu gewinnende Auslegungsergebnis erschüttert.

Urteil vom 27. Mai 1896 in der Rechtsbeschwerdesache des Br. D. H. St. in Stuttgart.

15.

Oertliche und zeitliche Begrenzung der Anwendbarkeit ortsbaustatutarischer Vorschriften über die Verwendung von Dachkammern zu Schlafräumen.

Oberförster Dr. J. in Tübingen hat im Jahr 1889 auf seinem Grundstück Parzelle Nr. 503 mit Genehmigung des Gemeinderats in Tübingen, der den geplanten Neubau, da der Ortsbauplan sich auf den Bauplatz nicht erstreckte und letzterer als außerhalb des geschlossenen Wohnbezirks liegend angesehen wurde, als Bauwesen außerhalb Etters behandelt und die Festsetzung einer Baulinie zu unterlassen beschlossen hat, das Wohngebäude Nr. 2 1/2 am Oesterbergweg erbaut und dabei — außer zwei andern nicht mehr in Betracht kommenden Kammern — im südwestlichen Giebelausbau unter dem Dach eine Kammer eingerichtet.

Infolge der Wahrnehmung der Ortsfeuerschau, daß diese Kammer als Schlafraum von Dienstboten benützt wurde, wurde

auf Grund des § 70 Abs. 1 Ziff. 2 des Ortsbaustatuts von Tübingen, welcher lautet:

„Die Dachwohnungen dürfen nur im ersten Dachraum (über der untersten Dachbalkenlage), nicht aber über den Kehlgebälken eingerichtet werden. Dasselbe gilt von im Dachraum angebrachten Schlafkammern."

diese Benützung im Januar 1895 beanstandet. Gegen das zunächst vom Stadtpolizeiamt erlassene und sodann am 16. Februar 1895 auch vom Gemeinderat auf Antrag des Stadtpolizeiamts beschlossene Verbot der Benützung der Kammer als Schlafraum hat sich J. durch alle Instanzen beschwert, jedoch stets ohne sachlichen Erfolg, und es hat auch das K. Ministerium des Innern mit Entschließung vom 25. September 1895 seine Beschwerde abgewiesen, weil der Benützung der Kammer als Schlafraum die oben erwähnte Bestimmung des Tübinger Ortsbaustatuts entgegenstehe.

Auf die von J. erhobene Rechtsbeschwerde erkannte am 10. Juni 1896 der K. Verwaltungsgerichtshof:

I. Vom Verwaltungsgerichtshof wird die angefochtene feuerpolizeiliche Entscheidung außer Wirksamkeit gesetzt nicht deshalb, weil das Vorbringen des Beschwerdeführers... begründet wäre, sondern deshalb, weil das Verbot der Benützung der Dachkammer als Schlafraum in der Entscheidung des K. Ministeriums gleichwie in den vorangegangenen Verfügungen und Entscheidungen der Polizeibehörden ausschließlich auf die Vorschrift des § 70 Abs. 1 Ziff. 2 des Tübinger Ortsbaustatuts gestützt und diese Bestimmung auf das J.'sche Wohngebäude nicht anzuwenden ist. Eine Einzelverfügung dahin, daß die Benützung der Kammer als Schlafraum unter den thatsächlich vorhandenen Umständen zur Verhütung der im Falle eines Brandes den Bewohnern der Kammer erweislich in besonderem Maße drohenden Lebensgefahr kraft der Polizeibehörde zukommender Ermächtigung für die Zukunft verboten werde, ist nicht getroffen worden.

II. Dem Vorbringen des Beschwerdeführers vermag der Verwaltungsgerichtshof aus den nachstehenden Gründen eine Berechtigung nicht zuzuerkennen:

1. Der Beschwerdeführer bestreitet, daß seine Dachkammer über den Kehlgebälken liege und behauptet, das darunter befindliche Wohnstockwerk sei der dritte Stock seines auf die Mühlstraße und nicht auf den Oesterbergweg zu beziehenden Hauses und nicht der Dachstock. In den bei der Anbringung des Baugesuchs durch J. eingereichten Plänen und in den Eingaben dazu ist aber das unter der Kammer liegende Wohnstockwerk „Dachstock“ genannt und das Haus als am Oesterbergweg außerhalb Etters liegend bezeichnet und behandelt... Ebenso wurde das Bauwesen vom Gemeinderat Tübingen angesehen und genehmigt, insbesondere besagt der die Genehmigung aussprechende Beschluß: „Oberförster J. hier beabsichtigt auf dem Oesterberg ein zweistockiges Wohngebäude zu erbauen &c.“

Nach den eingezogenen technischen Gutachten tritt auch die Eigenschaft des Dachstocks bei diesem Wohnstockwerk, bei dem der teilweise senkrechte Ausbau der äußeren Wände aus den Ausbauten des Satteldachs, zwei Querhäusern und Türmen, hervorgeht, in der Konstruktion der Gebälke, wie auch darin in die Erscheinung, daß von den Räumen dieses Stockwerks vier — zwei Kammern, Küche und Speisekammer — dachschräge Wände oder nur teilweise ebene Decken haben, also sogenannte Mansarden sind. Die ... eingezogenen technischen Begutachtungen ... sind durch die Ausführung in der Beschwerdeschrift nicht widerlegt....

2. Das weitere Vorbringen des Beschwerdeführers, daß der städtische Baukontrolleur zur Bauzeit die „Magdkammer“ für „zulässig“ erklärt habe, ist darum bedeutungslos, weil dem Baukontrolleur die Befugnis zur Zulassung einer nach dem Ortsbaustatut unzulässigen Schlafkammer keinenfalls zugestanden hätte.

3. Die vom Beschwerdeführer für sich geltend gemachte Genehmigung der Heizbarmachung eines auf gleichem Boden mit der Kammer liegenden Turmzimmers durch den Gemeinderat Tübingen ist darum ohne Bedeutung, weil die Erlaubnis zur Heizbarmachung dieses Raums die Erlaubnis zur Benützung als Schlafraum nicht in sich schließt.

4. Ueber die Behauptung des Beschwerdeführers, daß in Tübingen Hunderte von Dachkammern unter gleichen Verhältnissen nicht beanstandet werden, ist die Gemeindebehörde gehört worden. Nach ihrer Aeußerung handelt es sich um die Benützung von Dachkammern in manchen Gebäuden, die vor der Erlassung des Ortsbaustatuts erstellt worden sind. Für die Anwendung neuer ortsbaustatutarischer Vorschriften auf bestehende Gebäude und Einrichtungen ist, soweit nicht etwa das Statut auf Grund gesetzlicher Ermächtigung besondere Bestimmungen trifft, der Art. 17 der Bauordnung ebenfalls maßgebend und es ist daher aus diesem Gesichtspunkte die Fortbenützung nicht auf Grund der allgemeinen Norm des § 70 Abs. 1 Ziff. 2 des Ortsbaustatuts zu beanstanden.

III. Dagegen ist, da von den Polizeibehörden das Verbot der Benützung der J.'schen Dachkammer als Schlafraum ausschließlich auf die allgemeine Vorschrift des § 70 Abs. 1 Ziff. 2 des Ortsbaustatuts gestützt wird, auf die ... Frage näher einzugehen, ob diese Vorschrift in der That auf das J.'sche Wohngebäude Nr. $2^1/_2$ am Oesterbergweg Anwendung findet, und der Verwaltungsgerichtshof verneint diese Frage aus folgenden Erwägungen:

1. Das Tübinger Ortsbaustatut ist nach seinem Eingang und nach der Bestimmung in § 71 Abs. 1 ausdrücklich für die „Stadt Tübingen" erlassen und ist in seiner Gesamtheit nicht für den ganzen Gemeindebezirk, sondern nur für den geschlossenen Wohnbezirk und den Ortsbauplan der Stadt, so daß es in seiner Gesamtheit auch auf die Teilgemeinde Ammern und die keine Teilgemeinde bildende Parzelle Schwärzloch nicht anwendbar ist, in Geltung getreten. Es ist damit nicht ausgeschlossen, daß auf Grund einzelner Vorschriften der Bauordnung (vgl. Art. 31. 60) einzelne statutarische Vorschriften für ein erweitertes Geltungsgebiet bestehen (vgl. § 53 des Statuts) oder noch erlassen werden.

Dafür aber, daß speziell die auf Grund des Art. 55 der Bauordnung getroffenen Bestimmungen der §§ 69 und 70 des

Ortsbaustatuts ein erweitertes Geltungsgebiet haben sollten, fehlt jeglicher Anhalt.

2. Wiewohl der Gemeinderat in Tübingen richtiger gehandelt hätte, wenn er auf den Antrag des Beschwerdeführers, das zu errichtende Gebäude als ein Gebäude außerhalb Etters zu behandeln, nicht eingegangen wäre und die Erteilung der Baugenehmigung als der Genehmigung zu Errichtung eines innerhalb Etters gelegenen dem Oberamt überlassen hätte, so kann doch im Hinblick auf den damaligen Mangel klarer und bestimmter gesetzlicher Bestimmungen darüber, bis zu welcher Entfernung ein Gebäude dem Ortsetter zuzurechnen sei[1]), nicht nachträglich ausgesprochen werden, daß entgegen der Beschlußfassung des Gemeinderats, der sich immerhin darauf berufen kann, daß er sich innerhalb eines ihm gelassenen Spielraums gehalten habe, das Gebäude als innerhalb Etters erbaut und als von Anfang an innerhalb des Geltungsgebiets des Ortsbaustatuts gelegen anzusehen sei, so daß von Anfang an auf dieses Gebäude die Gesamtheit der Vorschriften des Ortsbaustatuts und speziell die Vorschrift des § 70 Abs. 1 Ziff. 2 habe Anwendung finden müssen.

3. Zwar wäre der Gemeinderat, wie er auf Grund des Art. 32 Abs. 2 der Bauordnung das Bauen außerhalb des geschlossenen Wohnbezirks oder des Ortsbauplans aus feuer- und sicherheitspolizeilichen Gründen untersagen kann, auch befugt gewesen, die Bauerlaubnis für den Neubau an die Einhaltung der Vorschrift des § 70 Abs. 1 Ziff. 2 des Ortsbaustatuts, wenn er die Einhaltung dieser Vorschrift für geboten erachtete, zu knüpfen. Es läßt sich jedoch nicht annehmen, daß der Gemeinderat bei der Genehmigung des Bauwesens außerhalb Etters die Einhaltung dieser ortsbaustatutarischen Vorschrift zu einer besonderen Bedingung gemacht habe, welcher sich der Baulustige damals anstandslos unterworfen habe und deren Erfüllung er sich nicht durch nachträglichen Widerspruch entziehen könne. Es kann eine solche Annahme nicht darauf

1) Vgl. Amtsblatt des Ministeriums des Innern von 1877 S. 11, von 1883 S. 16 und 291, von 1885 S. 317.

gestützt werden, daß in dem unter 11 der Bauakten vorliegenden Konzept der Genehmigungsurkunde gesagt ist, daß dem Antrag des Beschwerdeführers, auf der Parzelle Nr. 503 am Oesterbergweg ein Wohnhaus errichten zu dürfen, unter der Bedingung der Einhaltung des amtlich beglaubigten Bauplans, der allgemeinen im Gesetz, in den Verfügungen zu demselben und in den Ortsbaustatuten enthaltenen, sowie der in 9 enthaltenen besonderen Vorschriften entsprochen werde. Am 9. Februar 1889 hat der Gemeinderat in Tübingen . . . den Beschluß gefaßt, das Gesuch nach den Anträgen der Bauschau zu genehmigen. Die Bauschau hatte zwar die Aufnahme einzelner besonderer Vorschriften, aber nicht die Aufnahme der Vorschrift des § 70 beantragt. Daraus, daß mehrere der aufgenommenen Vorschriften Ziff. 3. 4. 7 und 8 dem Ortsbaustatut entnommen sind und daß in Ziff. 6 gesagt ist: „die Abtritte sind nach den Vorschriften des Ortsbaustatuts herzustellen", geht vielmehr deutlich hervor, daß die Bauschau bei der Stellung ihrer Anträge davon ausging, daß das Ortsbaustatut nicht allgemeine Anwendung finden solle. Die Thatsache, daß nach dem Konzept der Genehmigungsurkunde, wozu ein für Bauten innerhalb Etters übliches Formular verwendet wurde, in dem gedruckten Teil die Worte „in den Ortsbaustatuten enthaltenen" stehen geblieben sind, ist daher ohne Bedeutung.

Dabei bleibt dahingestellt, ob die allgemeine Vorschrift, daß das Ortsbaustatut auf ein außerhalb des Ortsetters und des Ortsbauplans befindliches Gebäude Anwendung finden solle, vom Gemeinderat durch solche Aufnahme in die Genehmigungsurkunde überhaupt hätte rechtsgiltig erteilt werden können.

4. Durch den mit dem 1. Januar 1894 in Wirksamkeit getretenen Art. 25 des Gesetzes vom 15. Juni 1893 über das landwirtschaftliche Nachbarrecht ist bestimmt worden, daß Grundstücke insoweit als innerhalb des Ortsbauplans gelegen anzusehen sind, als sie entweder in eine von Baustraßen umschlossene Fläche fallen, oder von einer Baulinie nicht mehr als 50 m, wagrecht gemessen, abstehen, und daß diese Bestimmung auch für den Art. 60 der Bauordnung und ferner auf die polizei-

lichen Vorschriften in Art. 32 Abs. 2, in Art. 77 Ziff. 3 und in Art. 78 Ziff. 3 und 4 der Bauordnung Anwendung finden, soweit diese die Lage des Bauwesens innerhalb oder außerhalb des Ortsbauplans voraussetzen.

Wenn demzufolge seit dem 1. Januar 1894 das Wohnhaus des Beschwerdeführers, insofern es von der im Jahre 1882 genehmigten östlichen Baulinie der Mühlstraße nicht mehr als 50 m wagrecht gemessen absteht, innerhalb des Ortsbauplans gelegen ist, so hat doch diese nachträgliche Einbeziehung in den Ortsbauplan nicht die Folge, daß nunmehr die Vorschrift des § 70 Abs. 1 Ziff. 2 des Ortsbaustatuts für das Gebäude Geltung erlangt hätte.

Urteil vom 10. Juni 1896 in der Rechtsbeschwerdesache des Oberförsters Dr. J. in Tübingen.

16.

Der Art. 19 Abs. 3 des Sportelgesetzes vom 24. März 1881 bewirkte ein Ruhen, nicht eine Unterbrechung der Verjährung dinglicher Wirtschaftsberechtigungen.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

Von dem K. Oberamt Tuttlingen ist dem Gesuche des Beschwerdeführers um Uebertragung des auf dem ihm gehörenden Hause Nr. 36 ruhenden dinglichen Wirtschaftsrechts auf das ihm gleichfalls gehörende Haus Nr. 35 durch Beschluß vom 25. November 1890 entsprochen worden, worauf von dieser Uebertragung in dem Güterbuch Vormerkung gemacht worden ist. Als aber am 13./15. Januar 1895 der Beschwerdeführer bei dem Oberamt um Verlängerung der auf das Gebäude Nr. 35 übertragenen dinglichen Wirtschaftsberechtigung nachsuchte, hat die K. Kreisregierung in Reutlingen durch den Beschluß vom 1. März 1895 die von dem Oberamt bewilligte Uebertragung des dinglichen Wirtschaftsrechts auf das Gebäude Nr. 35 (wobei das Oberamt die Zuständigkeitsvorschrift des Ministerial-

erlasses vom 1. Februar 1887 außer Acht gelassen hatte) aus dem Grunde außer Wirkung gesetzt, daß die von dem Beschwerdeführer erworbene dingliche Berechtigung zur Gastwirtschaft einschließlich der Berechtigung zur Schankwirtschaft für das Gebäude Nr. 36 bereits mit dem Ende April 1890 erloschen gewesen sei. Die gegen diesen Beschluß der K. Kreisregierung und ihren auf der Verfügung beharrenden Beschluß vom 19. Juli 1895 von dem Beschwerdeführer am 11./13. November erhobene Beschwerde ist von dem K. Ministerium des Innern durch die Entscheidung vom 22. Februar 1896 als unbegründet abgewiesen worden.

Auch die gegen die Ministerialentscheidung von dem Beschwerdeführer bei dem Verwaltungsgerichtshof erhobene Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876, bei deren Erledigung der Verwaltungsgerichtshof nur zu prüfen hat, ob die Ministerialentscheidung rechtlich begründet und nicht der Beschwerdeführer in einem ihm zustehenden Rechte verletzt ist, ist als unbegründet zu verwerfen.

Der Entscheidung, daß die auf dem Hause Nr. 36 ruhende dingliche Wirtschaftsberechtigung mit dem Ende des Monats April 1890 vollständig erloschen gewesen sei, weil vorher der Ausschank letztmals in der Zeit vom 23. September bis 31. Oktober 1878 ausgeübt worden war, ist beizupflichten. Nach seinem allgemeinen Wortlaut hat der Art. 19 Abs. 3 des Sportelgesetzes vom 24. März 1881 mit den andern hierin genannten Gesetzen auch das Gesetz vom 3. November 1855 über die Berechtigung zum Betrieb von Wirtschaftsgewerben, soweit es noch bisher in Kraft war, abgesehen von den Bestimmungen über die Wirtschaftsabgaben, die beibehalten wurden, vom 1. April 1881 an nur auf die Dauer der Wirksamkeit des Sportelgesetzes außer Wirkung gesetzt, wobei in Art. 20 die Dauer der Wirksamkeit auf die Zeit bis zur weiteren Verabschiedung auf dem ersten Landtag, auf welchem nach einjähriger Wirksamkeit des Gesetzes ein Etat beraten werden würde, beschränkt und festgesetzt wurde, daß, wenn eine neue Verabschiedung auf diesem Landtag nicht erfolge, mit dem Beginn der

nächsten Etatsperiode der vor dem 1. April 1881 bestandene Rechtszustand wieder eintrete. Und gleichermaßen bestimmte das die Wirksamkeit des Sportelgesetzes vorläufig verlängernde Gesetz vom 28. März 1887, daß, wenn bis zum 31. März 1889 die Verabschiedung des am 23. Dezember 1886 bei den Ständen eingebrachten Sportelgesetzes-Entwurfs nicht erfolgt sein würde, der vor dem 1. April 1881 bestandene Rechtszustand wieder eintrete. Diese Bestimmung, daß eventuell nach kurzer Zeit und von selbst der frühere Rechtszustand wieder eintrete, ist dahin auszulegen, daß solchenfalls der Wiedereintritt des früheren Rechtszustands mit thunlich vollständiger Wirkung sich vollziehen sollte. Durch die Sportelgesetzes-Novelle vom 14. Juni 1887 ist nun, während im übrigen durch die Verabschiedung dieses Gesetzes der Wiedereintritt des vor dem 1. April 1881 bestandenen Rechtszustands sich beseitigte, dieser frühere Rechtszustand durch Wiederinkraftsetzung einiger Bestimmungen des Gesetzes vom 3. November 1855 wiederhergestellt worden. Als der Art. 19 des Sportelgesetzes vom 24. März 1881 den auf die dinglichen Wirtschaftsberechtigungen bezüglichen Inhalt des Art. 12 des Gesetzes vom 3. November 1855 für aufgehoben erklärte, bestand das Bedenken, daß diese Bestimmungen mit der Reichsgewerbeordnung im Widerspruch stehen; wäre diese Annahme richtig, so wären nach Art. 2 der Reichsverfassung diese Bestimmungen schon seit dem 1. Januar 1872, mit welchem Tage die Gewerbeordnung in Württemberg eingeführt wurde, durch die Bestimmungen der Gewerbeordnung, speziell die Bestimmung des § 49 Abs. 3, wonach die Berechtigung zum Wirtschaftsbetrieb schon nach dreijähriger Einstellung des Betriebs erlischt, ersetzt und hätte auch die in der angeführten Weise der Geltung des Sportelgesetzes vom 24. März 1881 bei der Beratung in der Ständeversammlung gegebene zeitliche Beschränkung ihre Wirkung in Bezug auf Wiederinkrafttreten des Art. 12 allerdings nicht erlangen können. Jenes Bedenken erwies sich aber als nicht begründet, und als dies das K. Ministerium des Innern in dem im Amtsblatt von 1883 S. 113 f. veröffentlichten Erlasse vom 8. Mai 1883

anerkannte, wurde zugleich ausgesprochen, daß es für die Dauer der Geltung des Sportelgesetzes vom 24. März 1881 an Bestimmungen über die Verjährung dinglicher Wirtschaftsberechtigungen fehle und somit für diese insolange keine Verjährung laufe. Als nun diesem Mangel bei der Erlassung der Sportelgesetzes-Novelle vom 14. Juni 1887 durch Wiederinkraftsetzung des Art. 12 des Gesetzes vom 3. November 1855 abgeholfen wurde, konnte die Wiederherstellung des früheren Rechtszustands von den gesetzgebenden Faktoren nicht wohl anders gemeint sein, als daß es zwar bei der Thatsache, daß in der Zeit vom 1. April 1881 bis zum 1. Oktober 1887 eine Frist für Verjährung dinglicher Wirtschaftsberechtigungen nicht hatte laufen können, das Bewenden habe, im übrigen aber der frühere Rechtszustand vollständig und für das Erlöschen der dinglichen Wirtschaftsberechtigungen insbesondere damit wiederhergestellt sein solle, daß der seit der letzten Ausübung der Berechtigung bis zum 1. April 1881 abgelaufene Zeitraum nicht ganz bedeutungslos bleiben, sondern dem seit dem 1. Oktober 1887 laufenden Zeitraum hinzugerechnet werden solle.

War aber hienach die auf dem Hause Nr. 36 ruhende dingliche Wirtschaftsberechtigung mit dem Ende des Monats April 1890 vollständig erloschen, so war auch im Hinblick auf § 10 Abs. 2 der Gewerbeordnung die K. Kreisregierung berechtigt, dem Umstande, daß gegen die hernach in der Zeit vom 12. Mai bis 2. Juni 1890 erfolgte „Wiedereröffnung der dinglichen Wirtschaft zur Krone" das K. Oberamt nichts erinnert hatte, die rechtliche Wirkung der Erhaltung der Wirtschaftsberechtigung nicht zuzuerkennen, und die von dem Oberamt am 25. November 1890 bewilligte Uebertragung des dinglichen Wirtschaftsrechts von dem Gebäude Nr. 36 auf das Gebäude Nr. 35 nachträglich wieder aufzuheben.

Die erhobene Rechtsbeschwerde ist somit als unbegründet zu verwerfen.

Urteil vom 6. Mai 1896 in der Rechtsbeschwerdesache des F. M. von Sch.

Litterarische Anzeigen.

Dr. M. Scherer, Rechtsanwalt beim Reichsgericht: Die Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bayerischen Obersten Landesgerichts zum gemeinen Recht. Geordnet nach der Reihenfolge der Paragraphen des Entwurfs I des Bürgerlichen Gesetzbuchs. (Leipzig, Wigand, 1895.)

Das Buch enthält nach der Angabe des Verfassers sämtliche gemeinrechtlichen Urteile des Reichsgerichts und des Bayerischen Obersten Landesgerichts, die in den offiziellen Sammlungen und einer Reihe von Zeitschriften (Seuffert's Archiv und Blätter für Rechtsanwendung, Gruchot u. a.; die Juristische Wochenschrift ist nicht angeführt) bis 1894 abgedruckt sind. Die Angabe des Inhalts der Entscheidungen ist sehr gedrängt, so daß zum richtigen Verständnis stets auf die Quelle zurückzugehen ist, aus der der Verfasser geschöpft hat und die bei jeder Entscheidung angegeben ist. Zur raschen Orientierung darüber. ob und wo in den vom Verfasser benützten Sammlungen bezw. Zeitschriften eine Entscheidung des Reichsgerichts bezw. des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Betreff einer Rechtsfrage des gemeinen Rechts abgedruckt ist, eignet sich aber das Buch sehr gut. Pf.

Leske und Löwenfeld: Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. Rußland. Unter Mitwirkung von Professor Dr. C. Erdmann in Dorpat und Advokat W. Hausbrandt in Warschau von Dr. J. Engelmann, Professor an der Universität in Dorpat. (Berlin, Heymann, Preis 6 M.)

Diese Lieferung des groß angelegten Sammelwerks behandelt auf 239 Seiten den Civilprozeß, das Konkursrecht, die Erbschaftsregulierung und die Konsulargerichtsbarkeit nach russischem Recht, ferner in einem Anhang die Rechte der Ausländer in Rußland, also Materien, worüber — wie Einsender sich anläßlich eines Prozesses überzeugt hat — in der deutschen Litteratur bisher nur wenig Auskunft zu erlangen war, deren Kennt-

nis aber auch für württembergische Behörden, namentlich anläßlich von Erbschaftsfällen, notwendig werden kann. Für die Zuverlässigkeit des Inhalts, die Einsender nicht zu beurteilen vermag, bürgt der Name des Verfassers: in formeller Beziehung ist die Klarheit und Verständlichkeit der Darstellung zu rühmen. Pf.

F. Kapp: Zur Auslegung des § 300 der Civilprozeßordnung. Tübinger Inauguraldissertation. (Stuttgart, Kohlhammer.)

Die kleine, gut geschriebene Abhandlung beschäftigt sich mit der Streitfrage, ob in allen Fällen, in denen auf Antrag einer Partei in der mündlichen Verhandlung in Abwesenheit der andern Partei Termin anberaumt worden ist, Ladung der nicht erschienenen Partei zu dem neuen Termin erforderlich ist, und beantwortet sie — im Gegensatz zu der herrschenden Meinung — dahin, daß eine solche Ladung nur erforderlich ist, wenn ein Antrag auf Versäumnisurteil zurückgewiesen worden ist. Zu dieser Ansicht gelangt der Verfasser wesentlich auf Grund der Erwägung, daß der dritte Titel des 1. Abschnitts des 2. Buchs der C.P.O. nur Normen über das Versäumnisurteil enthalte und Abs. 1 des § 300 zwar beweise, aber nicht bestimme, daß die erschienene Partei ein unbedingtes Recht auf Vertagung beim Ausbleiben des Gegners habe, der normative Inhalt des ganzen Paragraphen sich daher nur auf die Fälle der Ziff. 1—3 daselbst beziehe. Zur Unterstützung dieses Ergebnisses werden die Materialien der C.P.O., insbesondere der norddeutsche Entwurf und die Motive zu § 273 des ersten (deutschen) Entwurfs verwertet. Die angeführten Gründe sind jedenfalls sehr beachtenswert; zu einem völlig zweifelfreien Resultat wird man angesichts der unglücklichen Fassung des § 300 nicht gelangen und es bleibt zu hoffen, daß die in Aussicht stehende Revision der C.P.O. den Streitpunkt beseitigt. Pf.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)